موسوعة القانون المدني المصري

نظرية العقد

والإرادة المنفردة

دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي

الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي

الحائز جائزة أحسن الرسائل من جامعة باريس السربون
وجائزة أحسن الأبحاث من معهدها للعلوم الجنائية
عميد كلية الحقوق والشريعة بجامعة الكويت سابقا
أستاذ القانون المدني بجامعة القاهرة
والمحامي أمام محكمة النقض

١٩٨٤

موسوعة القانون المدني المصري

نظرية العقد

والإرادة المنفردة

دراسة معمقة ومقارنة بالفقه الإسلامي

الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي

الحائز جائزة أحسن الرسائل من جامعة باريس السربون
وجائزة أحسن الأبحاث من معهدها للعلوم الجنائية
عميد كلية الحقوق والشريعة بجامعة الكويت سابقا
أستاذ القانون المدني بجامعة القاهرة
والمحامي أمام محكمة النقض

١٩٨٤

بسم الله الرحمن الرحيم

من ثلاثين سنة خلت. وكنت يومئذ فى شرخ الشباب من عمرى. وفى أول عهدى بالاستاذية فى الجامعات. افتتحت المجموعة التى استخرت الله أن أكتب بين دفتيها: والتى اسميتها: «أحكام القانون المدنى المصرى». بأول مؤلفاتى باللغة العربية: «التأمينات الشخصية والعينية». وأتبعته فى رحابها بمؤلف ثان صغره بعامين. وهو «عقد الإيجار».

وكان العزم منى أن أتبع مؤلفى هذين، فى رحاب مجموعتهما. بغيرهما. وإذا كان ذلك لم يتحقق، فمرده إلى التبعات الجسام التى ألقيت على عاتقى. فالى جانب الأستاذية التى شرفت بتحمل أعبائها الثقال، ليس فى مصر وحدها، بل أيضا فى السودان والمغرب وليبيا والكويت. توليت مهام العمادة، ومهام المحاماة. وقضاء التحكيم، وأخيرا مهام صناعة التشريع على نطاقه الواسع العريض.

على أن تلك التبعات، على ثقلها، لم تصرفنى عن الكتابة. فقد أخرجت بعد مؤلفى السابقين حصيلة ضخمة بلغت خمسة عشر مؤلفاً. ولم يقدر لهذه المؤلفات أن تنضم لمجموعة «أحكام القانون المدنى المصرى»، إما لأن بعضها يتناول موضوعات أعم مما يدخل فى رحاب القانون المدنى؛ وإما لأن بعضها الثانى يقوم على أساس قانون أجنبى. وإما لأن بعضها الثالث قد جاء فى صورته الأولية، دون أن تعاد صياغته فى صورة تالية منقحة. وهو المستوى الذى حددته لما أردت له الدخول فى رحاب تلك المجموعة من كتاباتى.

وقد حدث، منذ بضعة أشهر، أن اتصل بى أخى وزميلى الأستاذ أحمد حسن هيكل رئيس محكمة النقض السابق ونقيب المحامين آنذاك. ومعه أخد الأعزاء من تلاميذى. عضو النقابة الاستاذ كمال الدين بدر. وشرفانى بأن طلبا منى، باسم المحامين. وتمشيا مع السنة الحميدة التى سارت عليها نقابتهم من توفير المراجع القيمة لهم، الكتابة فيما قدرا أن يعود بالنفع عليهم. وعلى الفكر القانونى كله من بعدهم، وأخذا منى العهد بمؤلفين: أحدهما فى

نظرية العقد ، وثانيهما فى المسئولية المدنية ، اعتباراً بالأهمية القصوى لهذين الموضوعين .

وأرانى اليوم استشعر السعادة الغامرة إذ أقدم أول الكتابين ، موفياً بذلك بنصف ما يثقل كاهلى من دين ، داعيا الله أن يمكننى من إنجاز ثانيهما، فأوفى بالنصف الباقى من الدين .

ولقد كان الاتجاه عندى أن ينضم كتاب اليوم إلى مجموعة « أحكام القانون المدنى المصرى » ، التى بدأت بالكتابة فى رحابها ، ليكون فيها ثالثا بعد التأمينات والإيجار . ولكننى تبينت ، بعد أن أنجزته : أننى لو فعلت . ظلمته وظلمت صاحبه . فهو عن مجرد بيان حكم القانون أعم وأوسع . مما جعلنى أتخير له أن يجىء تحت عنوان : « موسوعة القانون المدنى المصرى » .

وقد عنيت ، فى هذا المؤلف ، بأحكام القضاء مصرياً وأجنبياً ، وعنيت على الأخص أشد العناية بأحكام محكمة النقض، غير واقف عند مجرد السرد، بل متجاوزاً إياه إلى النقد ، كلما استبان لى لازما ، وذلك إيمانا منى بأن القانون ليس هو مجرد ما تنطق به النصوص فى المدونات ، بل هو تلك النصوص على نحو ما يتردد به تفسيرها وإعمالها بين جدران المحاكم وفى موسوعات القضاء .

كما إننى حرصت على أن أضمن هذا الكتاب مقارنة الكثير من موضوعاته بأحكام الفقه الإسلامى، فى حدود ما سمح به المقام . وقد توخيت من ذلك أن يتمثل نواة متواضعة لتأصيل نظرية العقد فى الفقه الإسلامى الحنيف .

والغاية التى يستهدفها هذا الكتاب هى أن يكون عونا فى أداء رسالة الحق والعدل بنصيب وإن قل ، وذلك فى أهم موضوعات القانون المدنى ، بل أهم موضوعات القانون على وجه العموم والشمول . فإن أفلح الكتاب فى تحقيق غايته تلك ، فقد أدى لنا كل ما نرجوه منه . وإن قعد عن أدائها ، فحسبنا منه جزاء العاجز الذى بذل فى سبيل تحقيق قصده كل وسعه .

وما توفيقى إلا بالله

٢٠ يناير سنة ١٩٨٤ — عبد الفتاح عبد الباقى

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

١ – تنقسم الحقوق المالية . بصفة أساسية . إلى حقوق عينية وحقوق شخصية أو التزامات [١] . وهذا هو التقسيم الأساسي الذى يقوم عليه القانون المدنى المعاصر ، والذى تتخذه عادة مدوناته فى البلاد المختلفة . ومن بينها مصر . منهاجاً رئيسياً فى سرد أحكامه [٢] .

---

(١) وتقسيم الحقوق المالية إلى حقوق عينية وحقوق شخصية تقسيم تقليدى وضع الرومان بذوره ، ولا زال القانون المعاصر فى مجموعه يسير عليه إلى الآن . وإن كان قد اتسع بعض الشيء ، تحت ظله ، ليشمل نوعاً جد من الحقوق ، وهى تلك التى ترد على ثمرة الفكر والخاطر والقريحة فى جانبها المالى . والتى أطلق عليها فى البداية اسم « حقوق الملكية الأدبية والفنية والصناعية » . ثم أخذ الفكر القانونى يبتعد عنه ، مضفياً عليها اسماً آخر ، بعد أن تبين مغايرتها واختلافها عن حق الملكية بمفهومه العلمى ، ليقول تارة « الحقوق المعنوية » وتارة أخرى « الحقوق الذهنية » .

وإذا كانت الحقوق المالية التى ترد على ثمرة الفكر والخاطر والقريحة تتسم فى ذاتها بأهمية لا تجحد – وهى من بعد أهمية تتزايد على مر الأيام ، نتيجة التقدم المطرد فى العلم والفن والأدب . إلا أنها مع ذلك لا تتناسب البتة فى أهميتها مع فرعى التقسيم التقليدى الكبيرين : الحق العينى والحق الشخصى أو الالتزام . من أجل ذلك لم يمس ظهور تلك الحقوق فى دنيا القانون جوهر هذا التقسيم التقليدى العتيق ، وإن تطلب شيئاً من التحفظ فى شأنها ، وهو ما أردناه بعبارة « بصفة أساسية » فى قولنا ، فى المتن ، إن الحقوق المالية تنقسم ، بصفة أساسية ، إلى حقوق عينية وحقوق شخصية أو التزامات .

(٢) ولعل مدونة القانون المدنى الألمانى تعتبر رائدة فى هذا المجال . فبعد أن أفردت كتابها الأول لما أوردته تحت عنوان « القسم العام » ، تناولت أحكام نظرية الالتزام فى كتابها الثانى ، لتخصص بعد ذلك كتابها الثالث للملكية وغيرها من الحقوق العينية أصلية كانت أم تبعية ، تحت عنوان « قانون الأشياء » . وجاءت مدونة القانون المدنى المصرى بعد ذلك ، تنقسم قسمين رئيسيين ، يتضمن أولهما أحكام الحقـوق الشخصية أو الالتزامات ، ويتناول ثانيهما أحكام الحقوق العينية ، وذلك بعد أن بدأت بنصوص ضمنتها الأحكام القانونية العامة ، وأوردتها فيما أطلقت عليه « باب تمهيدى » . وحذت مدونة القانون المدنى السورى ومدونة القانون المدنى العراقى ومدونة القانون المدنى الليبى حذو مدونة القانون المدنى المصرى فى النهج الذى اتبعته فى سرد أحكامها .

٢ — والحق العينى سلطة يقررها القانون لشخص معين على شئ محدد بذاته . يكون له . بمقتضاها . أن يفيد منه مباشرة . فى حدود معينة يرسمها القانون .

والصفة الأساسية التى يتسم بها هذا الحق هى أن صاحبه يفيد من الشئ الذى يرد عليه بطريق مباشر . أى بدون وساطة أحد . فلا يطلب من غير صاحبه أكثر من الامتثال للواجب العام المفروض على الكافة بالامتناع عن التعرض له فى مباشرته والإفادة منه . شأن هذا الحق فى ذلك شأن سائر الحقوق الأخرى . حيث يترتب . على مجرد تقريرها لأصحابها، تحمل الكافة بواجب عدم التعرض لهم فى مباشرتها واستخلاص ثمارها . وهكذا لايظهر فى الحق العينى إلا صاحبه . والشئ أو العين التى يرد عليها . ومن هنا جاءت تسميته بالحق العينى . اعتباراً بأنه حق فى العين jus in rem .

٣ — أما الحق الشخصى [1] . أو حق الدائنية . كما يطلق عليه أحياناً أو الالتزام . كما يغلب أن يسمى . فقد تعمد المشرع المصرى . فى القانون

وسارت على الدرب مدونة القانون المدنى الأردنى ، من غير كبير خلاف. وأخيراً جاءت مدونة القانون المدنى الكويتى — وهى أحدث مدونة مدنية فى العالم بأسره — تتبع النهج نفسه .

والتزام التقسيم التقليدى للحقوق المالية إلى شخصية وعينية كنهج يتبع فى سرد الأحكام التى تتضمنها مدونة القانون المدنى ، يتمشى تماماً مع منطق القانون ومقتضيات فنه ، سيما وأن أحكام النوع الثالث الذى جد من الحقوق المالية ، لينتظم الحقوق المعنوية أو الذهنية ، تجد مكانها ، وفقاً لما جرت عليه العادة فى الدول المختلفة . ومن بينها مصر . فى قانون خاص بها ، نظراً لما تتسم به من طابع متميز ، ولما تتجه إليه من دولية تقوى على مر الزمن .

والتقسيم التقليدى للحقوق المالية إلى حقوق عينية وحقوق شخصية يتجاوب فى مجموعه مع ما سار عليه فقهاء المسلمين من تقسيم الحقوق المالية إلى عين ودين .

(١) واصطلاح « الحق الشخصى » مستمد من الرومان . وإن لم يقولوا به صراحة . فالرومان لم يخلعوا على الحق الذى نحن بصدده اسم « الحق الشخصى » ، ولكنهم كانوا يطلقون على الدعوى التى كانت تمنح لصاحبه (الدائن) ، فى سبيل اقتضائه ، اسم « الدعوى الشخصية «actio in personam» » وعلى مر الزمن ، أخذ الحق اسم الدعوى التى تحميه ، فصار يطلق عليه « الحق الشخصى » . ولعل مما ساعد على رسوخ هذا الاصطلاح قيام التقابل على أحسن ما يكون بينه وبين اصطلاح (الحق العينى) ، الذى أريد به التعبير عن حق الشخص فى الشىء . نظر فى هذا المعنى : Planiol et Ripert ج ١ نبذة ٢٥٩٧ .

المدنى الحالى . وبخلاف ماجاء عليه قانوننا المدنى القديم [1] عدم إيراد تعريف له [2] . تاركاً أمر هذا التعريف للاجتهاد . وقد سارت جمهرة الفقهاء . من قديم . على تعريفه بأنه رابطة أو علاقة قانونية تجمع بين شخصين ويقتضاها يلتزم أحدهما . ويسمى المدين . بأن يؤدى للآخر . ويسمى الدائن . عملا معيناً . أو أن يمتنع لصالحه عن أداء عمل معين [3] . وهذا التعريف مستمد من فقهاء القانون الرومانى . حيث رأوا أن الحق الشخصى يتضمن أساساً علاقة أو رابطة قانونية Juris Vinculum بين طرفين ، هما الدائن والمدين [4] .

(١) عرف القانون المدنى المصرى القديم الحق الشخصى فى المادة ٩٠/١٤٤ منه ، بقوله : « التعهد هو ارتباط قانونى الغرض منه حصول منفعة لشخص بإلزام المتعهد بعمل شيء معين أو بامتناعه عنه » . ويلاحظ أن قانوننا القديم أطلق على الحق الشخصى أو الالتزام اصطلاح « التعهد » . وفى ذلك عيب ظاهر . إذ أن لفظ «التعهد» يثير فى الذهن تولد الالتزام بالإرادة والاختيار من المدين . وهذ . إن صح بالنسبة إلى العقد والإرادة المنفردة . فهو ليس صحيحاً بالنسبة إلى المصادر الأخرى المنشئة للالتزام . لا سيما العمل غير المشروع والإثراء دون سبب على حساب الغير .

(٢) وهو فى ذلك يخالف ما سارت عليه بعض القوانين الأجنبية كالقانون الألمانى (المادة ٢٤١) . والقانون البولونى (المادة ٢) والقانون اللبنانى (المادة الأولى) . ولكنه يساير بعضها الآخر . كالقانون العراقى والقانون السورى والقانون الليبى والقانون الأردنى والقانون الكويتى . ولقد صادف مشرعنا التوفيق عندما امتنع فى قانوننا الحالى ، عن إيراد تعريف للحق الشخصى أو الالتزام . فحسن صناعة التشريع يأبى أن تلجأ النصوص إلى تعريف الأنظمة القانونية ، ما لم تتطلبه ضرورة أو حاجة . فذلك إلى عمل الفقه أخلق . ثم إن تعريف الالتزام لا زال أمراً يثور الخلاف حوله ، بعد أن عمد الفقه الحديث إلى نبذ التعريف التقليدى الذى يقوم على أساس أن الالتزام رابطة بين الدائن والمدين ، وبعد أن أخذ الطابع المادى للالتزام يفرض وجوده على حساب طابعه الشخصى . والأولى أن يترك أمر هذا الخلاف إلى اجتهاد الفقهاء ، لعلهم يصلون إلى حسمه على ضوء ما يتضمنه القانون من أحكام .

(٣) ومن الفقهاء الذين يعرفون الالتزام بأنه رابطة أو علاقة قانونية الإخوة Mazeaud راجع مؤلفهم القيم : Leçons de Droit Civil T. II nos 4, 9et II.

وانظر أيضاً : P. Engél, Traité des Obligationa en Droit Suisse

(٤) وقد جاء القانون المدنى المصرى القديم يعرف الحق الشخصى ، أو الالتزام ، على غرار ما فعله الرومان وسارت عليه جمهرة الفقهاء . حيث قضت المادة ٩٠ / ١٤٤ منه بأنه : « التعهد هو ارتباط قانونى lien de droit الغرض منه حصول منفعة لشخص بإلزام المتعهد بعمل شيء معين أو بامتناعه عنه » .

وتعريف الحق الشخصي أو الالتزام بأنه علاقة أو رابطة قانونية لايخلو من النقد . فالحق عموماً . أياً ماكانت طبيعته . لايمكن أن يكون هو ذات الرابطة التي تجمع بين صاحبه وغيره من الناس . وإن كان يفترض في الغالب من الأحيان [١] وجودها . فالرابطة . حيث تنهض أساساً لحق ما . تقوم أولا بين شخصين . ثم يأتي القانون وينظمها . بفرض حق لأحدهما . وواجب على الآخر . فالرابطة أو الصلة تقوم أولا بين الزوج وزوجه . مثلا . ثم يأتي القانون وينظمها بفرض حقوق وواجبات لكل منهما وعليه . وإذا أقرضتك مائة جنيه . قامت بيننا علاقة أو رابطة قانونية أساسها القرض ثم يأتي القانون لتنظيمها . وهو يفعل ذلك . بمنحي حقاً شخصياً قوامه سلطة إلزامك بدفع مبلغ القرض . وبفرض واجب عليك بدفع هذا المبلغ . فالحق ليس هو ذات الرابطة . التي لاتعدو أن تكون الأمر الذي ينظمه القانون عن طريق ترتيب الحقوق والواجبات [٢] .

وإذا لم يسغ القول عن الحق عموماً بأنه رابطة أو علاقة بين الأشخاص . فإن هذا القول لم يعد يسوغ . على وجه الخصوص . بصدد الحق الشخصي في ظل القانون المعاصر . فمؤدى اعتبار هذا الحق رابطة بين الدائن والمدين عدم وجوده قبل قيامها . في حين أن القانون المعاصر . وبخلاف ماسار عليه

(١) نقول إن الحق يفترض وجود الرابطة بين طرفيه ، في الغالب من الأحيان . ونريد بهذا التحفظ أن نستثني بعض الحقوق ، وعلى رأسها الحقوق العينية . فني الحق العيني ، لاتوجد ، في الحقيقة ، رابطة بين صاحبه وغيره من الناس . لأنه مجرد سلطة تتقرر له ، وبطريق مباشر ، على الشيء . وعلى أثر تقرير هذه السلطة له ، أي على أثر ثبوت الحق له ، يتوجب على الكافة عدم التعرض له فيه . ولا ينبغي أن نرى في هذا الواجب ، المفروض على الكافة ، رابطة تجمع بينهم وبين صاحب الحق كما ذهب إلى ذلك بعض الفقهاء الذين أطلق على فكرتهم مذهب الشخصين ، وعلى الأخص بلانيول Planiol وديموج Demogue . فهو لا يعدو أن يكون واجب احترام القانون ذاته بعدم الاعتداء على الحقوق بدون نظر إلى أصحابها . فإن اعتدى على الحق العيني بالفعل ، نشأت في هذا الوقت ، لا قبله ، رابطة بين المعتدي وبين صاحب الحق . وهذه الرابطة تنهض أساساً لقيام حق شخصي ، حيث يلتزم المعتدي ، إلى جانب الكف عن اعتدائه ، بتعويض صاحب الحق عما ناله من ضرر من جرائه (راجع في ذلك مؤلفنا نظرية الحق ، نبذة ٣١) .

(٢) انظر مؤلفنا نظرية الحق ، نبذة ٤ و ٢٧ .

الرومان . أصبح يسمح . فى بعض الأحيان . وإن كانت نادرة . بقيام الحق الشخصى قبل أن يوجد الدائن . وبالتالى قبل أن يتصور وجود رابطة تجمع بينه وبين المدين . والاشتراط لمصلحة الغير والوعد بجائزة دليلان على ذلك . فإذا أمن شخص على حياته . مثلا : لمصلحة الأولاد الذين سوف يولدون له فى المستقبل . كان من شأن ذلك أن تتحمل شركة التأمين فوراً . وقبل ميلاد الأولاد . بالالتزام بدفع مبلغ التأمين . وإذا وجه شخص للجمهور وعداً بجائزة يعطيها عن عمل معين . تحمل بالالتزام بإعطائها فوراً وقبل القيام بالعمل . أى قبل وجود الدائن .

وإذا كان من الممكن أن يوجد الحق الشخصى قبل أن يوجد الدائن . فإنه لايسوغ القول بأنه رابطة أو علاقة بينه وبين المدين . لأن العلاقة لاتقوم إلا إذا وجد طرفاها . ومادامت العلاقة لم تقم . كان حرياً بالالتزام . إن كانت هى قوامه . ألا يقوم .

يظهر مما سبق أن تعريف الحق الشخصى بأنه علاقة أو رابطة قانونية بين الدائن والمدين لايسوغ .

وقد لجأ بعض الفقهاء إلى تعريفه على نحو آخر . فقالوا إنه حالة قانونية أو وضع قانونى situation juridique أو نظام قانونى institution iuridique يلتزم بمقتضاها شخص بإعطاء شئ معين أو بفعله أو بالامتناع عن فعله[1] و[2].

(١) وممن يقولون بهذا التعريف أو ما يقربه : Demogue (الالتزامات . ج ١ نبذة ٧) — عبد الرزاق السنهورى (الوسيط فى شرح القانون المدنى ، ج ١ نبذة ١٤) — سليمان مرقس (نظرية العقد ، نبذة ١٥) — أنور سلطان ، (النظرية العامة فى الالتزام . ج ١ نبذة ١٦) — Marty er Rayaaud (القانون المدنى ، الالتزامات ، نبذة ١).

(٢) وقد تبنى مشروع القانون المدنى المصرى هذا التعريف ، فجاءت المادة ١٢١ منه تقضى بأنه : « الالتزام حالة قانونية بمقتضاها يجب على الشخص أن ينقل حقاً عينياً أو أن يقوم بعمل أو يمتنع عن عمل » . ولم يأت هذا النص فى القانون . فقد حذف ، تمشياً مع أصول فن صنعة التشريع فى تجنب التعريفات بقدر الإمكان (راجع مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى ج ٢ ص ٩ فى الهامش) ، إذ أن محلها هو كتب الفقهاء . وليس مدونات القوانين .

ولاشك فى أن تعريف الحق الشخصى أو الالتزام ، بأنه حالة قانونية يلتزم الشخص بمقتضاها بأداء عمل أو بالامتناع عن عمل ، يفضل سابقه الذى يقوم على اعتبار الالتزام رابطة تجمع بين الدائن والمدين . بيد أنه لايخلو بدوره من النقد .

فهو يتضمن ، من ناحية أولى ، تجهيلا لطبيعة الالتزام . فالقول عنه إنه حالة قانونية ، أو وضع قانونى أو نظام قانونى ، لايقدم كثيراً فى بيان كنهه وطبيعته . فمن الممكن إطلاق هذا الوصف على كل وضع من أوضاع القانون دون تمييز .

ثم إن هذا التعريف ، فى غمرة رغبة قائلية فى إضعاف أثر الرابطة التى تجمع بين المدين والدائن ، تمادى فى إهمال هذا الطرف الأخير ، فى حين أن الالتزام يتقرر أصلا لفائدته ، الأمر الذى يحتم وجوده ، إن لم يكن عند قيام الالتزام ، فعلى الأقل ، عند تنفيذه ، بأداء مضمونه . وليس أدل على عيب التعريف السابق ، من ناحية مبالغته فى إهمال الدائن ، ليس أدل على ذلك من أن الأخذ به ، على إطلاقه ، يجعل من واجب الشخص فى الامتناع عن ارتكاب جريمة ، ومن واجبه فى الامتناع عن التعدى على حقوق الغير ، التزامين يثقلان كاهله . وليس هذا هو المقصود باصطلاح « الالتزام » ، فى لغة القانون . فهذا الاصطلاح يفيد واجباً خاصاً يتحمل به المدين ، لصالح شخص معين هو الدائن ، الذى يتحتم وجوده ، إن لم يكن عند قيام الواجب ، فعلى الأقل : عند أدائه [١] .

---

(١) وفى سبيل تفادى العيب الناجم من إهمال الدائن ، لجأ بعض الفقهاء ، من القائلين بأن الالتزام حالة أو وضع أو نظام قانونى ، إلى ذكره فى تعريف الالتزام . ومن هؤلاء على سبيل المثال ، Marty et Raynaud (القانون المدنى ، الالتزامات نبذة ١) . فقد عرف هذان الفقيهان الالتزام بقولهما إنه نظام قانونى institution juridique بمقتضاه يلتزم شخص ، يسمى المدين ، إزاء شخص آخر ، يسمى الدائن ، بأداء إيجابى prestation positive أو امتناع abstention . وتعريف الالتزام على هذا النحو يعصمه من عيب إهمال ذكر الدائن ، إلا أنه يبقيه مشوباً بالعيب الآخر ، الذى سبق ذكره فى المتن ، وهو عيب التجهيل والغموض .

وإذا لزم تفادى العيبين السابقين ، فاننا نعرف الحق الشخصى ، من ناحيته الإيجابية ، أى باعتباره حقاً ، بأنه سلطة تثبت لشخص معين ، يسمى الدائن ، فى مواجهة شخص آخر ، يسمى المدين ، وتمكنه من أن يلزمه بأداء عمل محدد أو بالامتناع عنه . ونعرف الحق الشخصى ، من ناحيته السلبية ، أى باعتباره التزاماً ، بأنه واجب ، يتحمل به شخص معين ، يسمى المدين ، ويتضمن قيامه بعمل محدد أو امتناعه عنه ، لمصلحة شخص آخر ، يسمى الدائن ، يكون له سلطة إجباره على أدائه [1] .

ومن هذا التعريف يبين أن الحق الشخصى ، أو الالتزام ، يستلزم وجود رابطة قانونية بين شخصين ، وإن لم يكن ذات هذه الرابطة ، كما سبق لنا أن بينا . وأحد طرفى هذه الرابطة هو ذاك الذى يثبت له الحق ، أو هو صاحب الحق . ويسمى : « الدائن créancier » ، وثانيهما هو ذاك الذى يتحمل عبء الحق ، أو هو الذى يلتزم بأداء الواجب ، ويسمى « المدين أو الملتزم débiteur » .

كما أنه يبين من التعريف أن الحق الشخصى ، أو الالتزام ، يقوم على وجوب قيام المدين ، لصالح الدائن ، بأداء عمل معين ، أو بامتناعه عن أداء عمل معين . فموضوع هذا الحق هو عمل أو امتناع عن عمل ، أو هو عمل إيجابى أو سلبى .

٤ — ولاحد للصور التى يتخذها الحق الشخصى أو الالتزام ، سواء أكان موضوعه عملا أو امتناعاً عن عمل .

---

(١) ويلاحظ أن هذا التعريف لا يسرى إلا على الالتزام ، فى صورته العادية المألوفة ، أى ما يطلق عليه ، فى بعض الأحيان ، « الالتزام المدنى » ، تمييزاً له عن « الالتزام الطبيعى » . والالتزام الطبيعى نوع شاذ من الالتزامات يتسم بأنه لايتضمن منح الدائن سلطة إجبار المدين على أدائه ، بل تكون للمدين به مطلق الحرية فى أن يؤديه أولا يؤديه . فلا جبر فى تنفيذه (المادة ١٩٩ / ٢) . وبهذه المثابة ، يبرز الالتزام الطبيعى التزاماً ناقصاً . بل إنه ، فى الحقيقة ، لا يعتبر التزاماً ، بالمدلول الحقيقى لهذا الاصطلاح ، وإنما هو وسط بين الالتزام ، بمدلوله الحقيقى ، وبين الواجب الأدبى العادى .

ومن أمثلة الحقوق الشخصية التى تتضمن أداء عمل معين : حق المقرض فى أن يدفع له المقترض مبلغ القرض ، وحق البائع فى أن يدفع له المشترى الثمن ، وحق المشترى فى أن يسلمه البائع الشئ المبيع ، وأن يعمل كل مايلزم من جانبه لنقل ملكيته إليه . وحق المؤجر فى أن يدفع له المستأجر الأجرة ، وحق المستأجر فى أن يسلمه المؤجر العين المؤجرة ، وحق المخدوم فى أن يؤدى له تابعه الخدمة المتفق عليها ، وحق الخادم فى أن يدفع له مخدومه أجره . إلى غير ذلك كله من الأعمال التى لاتتناهى ولاتقع تحت حصر . والتى تصلح كلها . وأياً ماكانت . لأن تكون موضوعاً لحق شخصى . بشرط أن تكون ممكنة غير مستحيلة . ومعينة أو قابلة للتعيين . وغير مخالفة للنظام العام .

وأما الحقوق الشخصية التى يكون موضوعها امتناعاً عن عمل ، فمثالها الحق الذى يثبت لتاجر معين فى أن يمتنع شخص آخر عن أن ينافسه بتجارة مماثلة فى حى محدد . وحق أحد المسارح فى أن يمتنع ممثل معين عن الاشتراك فى مسرحيات غيره من المسارح . وحق المؤجر فى أن يمتنع المستأجر عن أن يجرى فى العين المؤجرة تغييراً من شأنه أن يضره [١] ، وحق رب العمل فى أن يمتنع العامل عن إفشاء أسراره التى يطلع عليها بمناسبة العمل [٢] .

يظهر مما سبق أن موضوع الحق الشخصى أو الالتزام ، هو عمل أو امتناع عن العمل ، أو هو عمل إيجابى أو سلبى . وقد جرى كثير من الفقهاء ، من قديم ، على القول بأن موضوع الحق الشخصى يشمل ، فضلا عن أداء العمل والامتناع عنه ، إعطاء شئ معين . وهم يقصدون بذلك نقل ملكية هذا الشئ أو ترتيب أى حق عينى آخر عليه . فإذا باع شخص لآخر شيئاً . مثلا ، قالوا إن البائع يلتزم بأن يعطى هذا الشئ للمشترى . بمعنى أنه يلتزم بأن ينقل إليه ملكيته .

---

(١) راجع المادة ٥٨٠ / ١ .

(٢) انظر فى التزام العامل بعدم إفشاء سر رب العمل مؤلفنا : قانون العمل الكويتى، نبذة ٢٨

وإذا أردنا أن نتمشى مع المنطق القانونى الدقيق ، ظهر لنا أنه لايوجد فى حقيقة الواقع ، التزام موضوعه هو إعطاء شئ بالمعنى الذى حددناه [١] . إذ أن نقل الملكية ، وغيرها من الحقوق العينية الأخرى ، يحدث بفعل القانون نفسه ، إذا توافرت ظروف معينة يحددها ، دون أن يكون للمدين أى دخل فى ذات حصوله ، وإن لزم فى بعض الحالات ، أن يقوم المدين بعمل معين ، لكى تتوافر الظروف المطلوبة . وحتى فى هذه الحالات ، نجد أن الشئ الذى يلتزم المدين بأدائه هو عمل معين ، يختلف باختلافها .

ولتوضيح هذا الأمر ، نأخذ على حدة كلا من الحالات التى يقول الفقهاء إنها تتضمن التزاماً بالإعطاء ، مراعين فى ذلك طبيعة الشيء الذى يتعلق به الالتزام . وهذه الحالات لاتخرج عن ثلاث : فإما أن يكون الشئ منقولا معيناً بذاته ، وإما أن يكون منقولا معيناً بنوعه فقط ، وإما أن يكون عقاراً .

فى الحالة الأولى ، إذا باع شخص ، مثلا منقولا معيناً بذاته ، كحصان معين أو كتاب معلوم ، انتقلت الملكية من البائع للمشترى ، فور تمام البيع ، دون حاجة إلى أن يقوم البائع بعمل ما . فالملكية هنا تنتقل بقوة القانون ، بمجرد إبرام العقد ، دون أن يسوغ لنا القول ، إذا أردنا أن نتمشى مع المنطق القانونى الدقيق ، بأن المدين يتحمل بالالتزام بإعطاء شئ ، أو بنقل ملكيته [٢] . ولايصحح هذا القول أن يدعى البعض ، كما فعلت بعض المدونات القانونية نفسها ، ومن بينها مدونة القانون المدنى المصرى فى المادة ٢٠٤ ، أن الالتزام بنقل الملكية ينشأ فى ذمة المدين ، ثم يتنفذ من تلقاء نفسه وفور نشوئه [٣] .

---

(١) أنظر ممن يقولون بهذا الرأى : Capitant مقدمة القانون نبذة ٧٨ — Planiol et Ripert ج ١ نبذة ٢٦٥ . وراجع مؤلفنا نظرية الحق ، نبذة ٢٨ .

(٢) أنظر فى هذا المعنى Mazeaud المرجع السابق ، نبذة ١٩ .

(٣) تنص المادة ٢٠٤ مدنى مصرى الملغى على أن : « الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عينى آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق ، إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم ، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل » . وهذا نص عجيب . بل لعله فريد فى العجب . فمؤداه أن البائع ، مثلا ، يتحمل بالالتزام بنقل الملكية للمشترى ، ثم يتنفذ هذا الالتزام من تلقاء نفسه وفور نشوئه ، بأن يوفى نفسه بنفسه ، فى ذات اللحظة التى ينشأ فيها ، ودون أى تدخل=

وفى الحالة الثانية ، إذا باع شخص منقولا معيناً بنوعه فقط . كما إذا باع كمية من القمح أو الأرز ، دون تحديد لذاتيتهما : التزم البائع . لا بنقل

=من المدين . ومما يتنافى مع فكرة الالتزام، فى أبسط مظاهرها، أن يقال عنه إنه يتنفذ تلقائياً . أى أنه يوفى نفسه بنفسه . فالالتزام يتمثل عبءاً على المدين . الأمر الذى يتطلب منه أن يقوم هو بوفائه ، أو فى الأقل ، يوفيه غيره عنه . ثم إنه لا يستساغ منطقياً أن يقال إن الالتزام يولد ويموت فى ذات اللحظة التى يولد فيها . والأحرى أن يقال عنه هنا إنه لم يولد أصلا . وأن يقال بالتالى بأن ثمة التزاماً بنقل الملكية ، أو التزاماً بالإعطاء ، كما يسمى ، لم يقم أبداً فى ذمة المدين . وإنما نقل الملكية قد تم بقوة القانون ذاته ، وبمقتضى العقد نفسه ، وفور انعقاده .

ولقد كان فقهاء الشريعة الإسلامية أكثر تمشياً مع المنطق ، بسيرهم على الفكرة التى ننادى بها . فهم ، بالنسبة إلى عقد البيع ، مثلا ، يفرقون بين نقل ملكية المبيع إلى المشترى وبين غير ذلك من الالتزامات التى تترتب فى ذمة البائع : كالتسليم والضمان . ويرون فى نقل الملك أنه يترتب بحكم العقد . بمعنى أنه يترتب بحكم الشرع . أو فى نعتنا القانونية المعاصرة بقوة القانون . فى حين أنهم يرون أن الالتزامات الأخرى تدخل فى « حقوق العقد » . بمعنى آثاره .

بل إن من القوانين العصرية التى تقول إن الالتزام بنقل الملكية . أو الالتزام بالإعطاء يتنفذ من تلقاء نفسه ، من هذه القوانين ذاتها ما عاد إلى الصواب . للقول إن نقل الملكية يتم بقوة القانون أو بمقتضى العقد . فالقانون المدنى الفرنسى ، بعد أن نص فى المادة ١١٣٨ منه ، بأن الالتزام بالتسليم ، الذى يتم بمجرد التراضى ، يجعل الدائن مالكاً للشىء (وهو صياغة مغرقة فى العيب) ، جاء يقول ، فى المادة ١٥٨٣ منه ، بصدد عقد البيع ، إن الملكية تنتقل من للمشترى بقوة القانون فور التراضى على الشىء والثمن . والقانون المدنى المصرى ، بعد أن نص ، فى المادة ٢٠٤ منه ، على أن الالتزام بنقل الملكية ينشأ فى ذمة المدين ثم يتنفذ من تلقاء نفسه ، جاء بدوره بعد ذلك يلوذ بالصواب فيقول ، فى المادة ٩٣٢ منه ، إن الملكية تنتقل بالعقد ، ويكتفى ، فى هذا الصدد ، بأن يحمل المدين بالالتزام بأن يقوم بما هو ضرورى لنقل الملكية (المادة ٤٢٨) .

والحقيقة أن النص المعيب الذى جاء به القانون المدنى المصرى فى المادة ٢٠٤ منه والذى يقضى بأن الالتزام بنقل الملكية ، بالنسبة إلى المنقول المعين بالذات والمملوك للملتزم ، ينشأ فى ذمة المدين ويتنفذ من تلقاء نفسه ، الحقيقة أن هذا النص المعيب يرجع إلى اعتبارات محض تاريخية ، تواجدت فى ظل القانون الرومانى . ولم يعد لها الآن من أثر .

ففى ظل القانون الرومانى ، كان عقد البيع ، مثلا ، لا ينقل الملكية بذاته ، وفور انعقاده . وإنما كان يترتب عليه مجرد التزام شخصى على البائع بنقل الملكية . وكان يلزم ، لانتقال الملكية بالفعل إلى المشترى ، الالتجاء إلى أحد الأشكال التى يحددها القانون ، والتى كانت تتركز فى ثلاثة ، هى الإشهاد mancipatio ، والتسليم traditio ، والتنازل القضائى in jure cessio . وكان التسليم أهم هذه الطرق الثلاثة ، عملا .

وفى سبيل التحرر من ربقة الشكلية المقوتة ، أخذ الرومان يسهلون ما استطاعوا من=

ملكية المبيع إلى المشترى . ولكن بإفرازه فحسب . حتى إذا ماأفرز المبيع انتقلت ملكيته على الفور . وبقوة القانون .

— واقعة حدوث التسليم ، باعتبارها أمراً يؤدى إلى نقل الملكية. وانتهى بهم الأمر إلى عدم تطلبهم ضرورة حصول التسليم المادى لذات الشيء المبيع . ولهم في ذلك طرق ثلاثة شهيرة تستهدف كلها إسلاس حصول التسليم . وتلك الطرق هي الآتية :

(١) فبدلا من أن يسلم الشيء بذاته ، أجيز أن يسلم . بدلا عنه ، ما يرمز إليه ، أو يخول التسلط عليه ، كتسليم مفاتيح المنزل . وهذا ما كان يعرف عندهم بالتسليم باليد الطويلة traditio longa manu

(٢) وإذا كان الشيء المبيع موجوداً ، قبل البيع ، في يد المشترى ، بصفة أو بأخرى ، كما إذا كان مستأجراً إياه أو مستعيراً ، لم يعد ضرورياً أن يعيد المشترى هذا الشيء إلى البائع ، ثم يتولى هذا من جديد تسليمه إليه ، وإنما أصبح يكتفى بأن يستمر المشترى في وضع يده على الشيء ، مغيراً في ذلك صفته من حائز عرضى يحوز لحساب غيره ، لحائز قانونى يحوز لحساب نفسه . وهذا هو التسليم باليد القصيرة traditio brevi manu

(٣) وإذا رئى ، في النهاية ، لسبب أو لآخر ، أن يظل البائع واضعاً يده على الشيء ، كما إذا اتفق على أن يستأجره أو يستعيره من المشترى ، لم يعد ضرورياً أن يسلم البائع الشيء للمشترى ، ثم يعيده بعد ذلك الثانى للأول ، وإنما ساغ أن يعتبر التسليم واقعاً قانوناً ، برغم عدم انتقال الشيء مادياً من البائع ، اكتفاء بتغير صفة حيازته ، من أصيلة لحساب نفسه ، إلى عرضية لحساب المشترى . وهذا ما يطلق عليه التسليم بتغيير سبب الحيازة constitutum possessorum

هكذا أصبح الرومان لا يتشددون في كيفية حصول التسليم . وإن بقى لديهم في ذاته إجراءاً ضرورياً لنقل الملكية ، إلى جنب الإشهاد والتنازل القضائى .

ثم جاء القانون الفرنسى القديم يسير في نفس الاتجاه الذى سار عليه القانون الرومانى . فهو مثله يتطلب التسليم لانتقال الملكية . وهو مثله أيضاً يعمل على تسهيل حصوله . إلا أنه فاقه إلى حد بعيد في هذه الناحية الثانية . فقد أضحى يكتفى ، لا عتبار التسليم حاصلا ، وبالتالى لاعتبار نقل الملكية واقعاً ، أن ينص في العقد على أن البائع قد تخلى عن المبيع ، وأن المشترى قد تسلمه . فتضمين العقد شرطاً يفيد ذلك أصبح يغنى حصول تسليم الشيء بالفعل ، مادياً كان هذا التسليم أم رمزياً . ويطلق على هذا الشرط شرط التخلية والتحويز clause de dessaisine saisine

ودرج الناس في عقودهم على أن يضمنوها الشرط السابق ، رغبة منهم في التحرر من ربقة الشكلية ، وتيسيراً لانتقال الملكية إلى المشترى ، حتى أصبح ، في العمل ، لا يوجد عقد يخلو منه ، أو يكاد ، وبعبارة أخرى أصبح هذا الشرط من تلك التى تدرج آلياً في العقود دون اتفاق خاص عليها clause de style ، بل يفترض وجوده في العقد إن لم تذكر فيه صراحة . وبهذا يكون الفرنسيون القدماء قد وصلوا ، في حقيقة الواقع ، إلى جعل الملكية تنتقل بقوة القانون ، وإن ظلوا ، لتهيبهم الماضى ، ولشدة وطأة القانون الرومانى عليهم ، —

وفى الحالة الثالثة ، إذا ورد التصرف بشأن عقار ، فإن نقل ملكيته إلى المتصرف إليه ، يتم أيضاً ، كما هو الشأن فى الحالتين الأوليين ، بقوة القانون عند إجراء التسجيل ، دون أن يكون للمتصرف أى دور ، بالنسبة إلى ذات حدوث هذا النقل . فكل مايلتزم به المتصرف هنا هو أداء مايلزم من جانبه من الأفعال التى تمكن المتصرف إليه من تسجيل التصرف ، كالعمل على التصديق على توقيعه على العقد من مأمورية التوثيق ، إن كان هذا العقد عرفياً ، وكتقديم مستندات ملكيته للشىء الذى تصرف فيه .

هكذا يبين أن نقل الملكية ، وغيرها من الحقوق العينية الأخرى ، يتم دائماً بقوة القانون ، إما بمجرد تمام العقد (فى المنقول المعين بذاته) ،

و تغلغل الشعور بالإجلال و القداسة نحوه فى عميق نفوسهم ، يصوغون هذا الحكم على نحو يجعله ، شكلا لا حقيقة ، مناطاً بحصول التسليم .

ثم جاءت مدونة نابليون ، فى المادة ١١٣٨ منها ، تسجيلا صادقاً وأميناً للقانون الفرنسى القديم ، فى آخر مراحل تطوره ، حيث نصت على أن : « الالتزام بتسليم الشىء يتم بمجرد تراضى الطرفين المتعاقدين — وهو يجعل الدائن مالكاً للشىء ، كما يحمله تبعة هلاكه من اللحظة التى كان يجب أن يتم فيها التسليم ، حتى لو لم يحصل التسليم بالفعل ، وذلك ما لم يكن المدين قد أعذر بتسليم الشىء ، حيث تبقى تبعة هلاكه على هذا الأخير » .

وواضح مدى ما فى هذا النص من عيب فى الصياغة . إذ هو يقول إن الالتزام بالتسليم هو الذى ينقل الملكية .

بيد أن مدونة نابليون عادت بعد ذلك إلى الوضع السليم ، مقررة ، فى المادة ١٥٨٣ منها ، أن الملكية تنتقل بمقتضى ذات العقد وبقوة القانون ذاته de droit ، وإن كان ذلك لا يصلح إلا بالنسبة إلى المنقول المعين بالذات ، دون المنقول المعين بالنوع ، ودون العقار .

وجاء القانون المدنى المصرى متأثراً بالقانون الفرنسى ، قاضياً ، فى المادة ٢٠٤ منه ، بأن الالتزام بنقل الملكية ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق . ثم عاد ليقول ، فى المادة ٩٣٢ منه ، بأن الملكية تنتقل بالعقد .

وكأن كل ما فعله القانون المدنى المصرىهو أنه خفف من حدة الخطأ الذى وقعت فيه مدونة نابليون ، دون أن يتجنبه بالكلية . فبدلا من أن يغرق فى الخطأ ، فيقول ، على غرار المدونة الفرنسية ، إن الالتزام بالتسليم هو الذى ينقل الملكية ، قال إن الالتزام بنقل الملكية ينقلها من تلقاء نفسه .

وإما بتمام العقد وإفراز الشئ (فى المنقول المعين بنوعه فقط) ؛ وإما بتمام العقد وتسجيله (فى العقار) [١] .

فالمدين إذن ليس هو الذى يعطى الشئ للدائن . وإنما القانون هو الذى يعطيه إياه . كل مافى الأمر أن المدين يلتزم أحياناً بإجراء عمل معين . لكى يترتب ذلك الأثر . هذا العمل هو إفراز الشئ . فى حالة المنقول غير المعين بالذات ، وأداء مايلزم لتمكين المتصرف إليه من التسجيل . فى حالة العقار . وفى كلتا الحالتين . يكون موضوع التزام المدين هو أداء عمل .

خلاصة هذا كله أن موضوع الحق الشخصى . حسب المنطق القانونى الدقيق . هو عمل أو امتناع عن عمل . وإذا كان كثير من الفقهاء يزيدون . على ذلك . إعطاء الشئ . فإن هذا القول تعوزه الدقة . ومن ثم كان واجباً تجنبه [٢] . أو لزم فى الأقل . إذا رغبنا فى أن نظل نساير القديم لعلة . أو لأخرى . أن يكون إعطاء الشئ . حينما نقره موضوعاً للحق الشخصى . أو للالتزام ، إلى جانب العمل أو الامتناع عن العمل ؛ أن يكون هذا الإعطاء مقصوداً به قيام المدين بعمل معين . يتميز بأنه يستهدف نقل ملكية الشئ . أو ترتيب حق عينى آخر عليه .

٥ — والحق الشخصى يعتبر حقاً . إذا نظرنا إليه من زاوية صاحبه .

---

(١) وفى جميع هذه الحالات الثلاث ، نفترض . بطبيعة الحال ، أن الشيء مملوك للمتصرف . فإن لم يكن كذلك . فإن الملكية لا تنتقل إلى المتصرف إليه ، إلا إذا حصل إقرار التصرف من المالك الحقيقى ، فضلا عن توافر الإجراء القانونى المناسب ، إن لزم .

(٢) أنظر من القائلين معنا بهذا الرأى : حشمت أبو ستيت ، نظرية الالتزام نبذة ٢٦ — عبد المنعم الصده ، نظرية الحق نبذة ٢٦ . وقد تبنى هذا الرأى القانون المدنى المصرى القديم ، حيث عرف الالتزام فى المادة ٩٠ / ١٤٤ منه بقوله : « التعهد هو ارتباط قانونى الغرض منه حصول منفعة لشخص بإلزام المتعهد بعمل شيء معين أو بامتناعه عنه » .

.. أما القانون المدنى الفرنسى فقد جاء متمشياً مع الفكرة التقليدية التى تجعل من الإعطاء موضوعاً للحق الشخصى . وفى ذلك تنص المادة ١١٠١ مدنى فرنسى على أنه : « العقد اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر نحو شخص آخر أو أكثر بإعطاء شيء ، أو بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل » . أما قانوننا المدنى المصرى الحالى ، فقد غفل عامداً عن تعريف الحق الشخصى أو الالتزام .

أى الدائن . وهو فى نفس الوقت يتمثل واجباً أو التزاماً ، إذا نظرنا إليه من زاوية من يتحمل غرمه ، أى المدين .

وإذا كان موضوع الحق الشخصى هو عمل إيجابى أو سلبى يقوم به المدين ، أو يحجم عن القيام به . برزت لنا أهمية الدور الذى يؤديه هذا الأخير . فالدور الذى يؤديه المدين يفوق كثيراً ، فى الأهمية ، ذاك الذى يؤديه الدائن . ففى حين أن مهمة الدائن تكاد تقتصر على المطالبة بحقه واستيفائه ، نجد العبء ثقيلا باهظاً على المدين . فهو الذى يؤدى موضوع الالتزام ويتحمل بذلك عبأه . وهو الذى يتحمل بالمسئولية إن لم يؤده . من أجل ذلك جرت العادة من قديم . وفى كل تشريعات الدنيا . على أن ينظر إلى الحق الشخصى من زاوية المدين أكثر من أن ينظر إليه من زاوية الدائن . الأمر الذى أدى بنا إلى أن نرى فيه عبءاً أو واجباً أو التزاماً أو ديناً يثقل كاهل الأول . أكثر من أن نرى فيه نفعاً أو ميزة أو حقاً مقرراً لصالح الثانى . من هنا غلب استعمال اصطلاح « الالتزام obligation »[١] على استعمال اصطلاح « الحق الشخصى » .

٦ — نخلص مما سبق أن الحقوق المالية ، التى هى قوام قانوننا المدنى المعاصر . تنقسم أساساً إلى نوعين : حقوق عينية وحقوق شخصية ، أو التزامات كما يغلب أن تسمى . ولا يدخل النوع الأول من الحقوق فى نطاق دراستنا هنا . فنحن نخصص هذه الدراسة للالتزامات .

وإذا تناولنا هنا الالتزامات بالبحث والدراسة ، فإننا نعالجها داخل نطاق نظرية عامة . فنحن لا نتناول القواعد التى تحكم التزاماً بعينه ، كالتزام

---

(١) الاصطلاح الفرنسى **obligation** الذى يقابل ، فى لغتنا العربية ، اصطلاح الالتزام . والذى أضحى اليوم يفيد نفس المدلول لاصطلاحنا ، كان له ، فى أصل نشأته عند الرومان الأقدمين ، مدلول أكثر صرامة وشدة بالنسبة إلى المدين . فقد كان يفيد آنذاك معنى القيد ، اعتباراً بأن المدين يضحى مقيداً نتيجة تحمله بالالتزام . فكلمة **ob-ligatus** اللاتينية تفيد القيد . بل إنها كانت تعنى القيد المادى . اعتباراً بأن المدين كان يوضع فى السجن مقيداً بالسلاسل والأغلال ، تحت رحمة الدائن ، الذى كان له أن يسترقه ويبيعه فى السوق . بل كان له أن يقتله ، إذا لم يف له بما عليه .

البائع بالعمل على نقل ملكية المبيع مثلا ، أو التزام المشترى بدفع الثمن . أو التزام المستأجر بدفع الأجرة ، أو التزام المقترض بدفع مبلغ القرض . وإنما نبين الأحكام الأساسية العامة التى تخضع لها الالتزامات فى مجموعها . بغض النظر عن ذاتية كل التزام .

ومن هنا تتسم دراستنا بالتعميم والتجريد . فهى تسمو على الجزئيات التى تختلف بالضرورة من التزام إلى آخر . لترتقى إلى الأسس التى تكاد تكون واحدة مشتركة فى الالتزامات كلها . أو فى الأقل فى مجموعة محددة منها .

٧ — وتوجد فى القانون المعاصر ، نظرية رائعة للالتزامات . وتمتد جذور هذه النظرية عميقاً فى دنيا الماضى . حيث تصل إلى عهد الرومان ، الذين وضعوا أسسها الأولى [1] .

---

(١) ولا نعنى بذلك أنه قد تواجدت لدى الرومان نظرية عامة متكاملة للالتزامات . فمثل هذه النظرية لم تقم عندهم فى الحقيقة . إذ أنهم قنعوا بتقسيم مصادر الالتزام ، ثم عرضوا بعد ذلك لتناول أحكام الالتزامات الناشئة من كل مصدر على حدة ، دون أن يتبعوا ذلك بدراسة عامة للالتزامات كلها ، وبغض النظر عن مصدرها ، بغية إبراز القواعد العامة الأساسية التى تحكمها فى آثارها وفى انقضائها . ومع ذلك فإن ما فعله الرومان بتقسيم مصادر الالتزامات ، وبيان كيفية نشأة الالتزامات المختلفة ، يعتبر فى حد ذاته أول نواة لنظرية الالتزامات فى شكلها المعاصر .

وقد تأثرت مدونة نابليون بنهج القانون الرومانى ، فى تناولها أحكام نظرية الالتزامات . فهى قد تناولت الالتزامات المختلفة ، تحت المصادر المنشئة لها ، بادئة بالالتزامات الناشئة من الاتفاق أو العقد ، ثم بتلك التى تنشأ من مصدر آخر غير الاتفاق ، قاصرة الكلام فى آثار الالتزام واثباته وانقضائه على الباب المخصص للالتزامات الأولى (الباب الثالث من الكتاب الثالث فى المواد ١١٠١ إلى ١٣٦٩) ، دون ذلك الذى تناول الالتزامات الثانية . وكأن هذه الالتزامات الأخيرة لا تنشىء آثاراً ، ولا تحتاج إلى إثبات ، ولا تنقضى .

والنهج الذى يقتضيه المنطق ، فى تناول أحكام نظرية الالتزامات ، هو أن تعالج الالتزامات فى نشأتها ، أى فى مصادرها ، ثم تسرد أحكامها العامة المشتركة المتعلقة بآثارها وانقضائها ، بغض النظر عن مصدرها ، وهذا ما لجأ إليه القانون الألمانى بالفعل ، حيث عرض لآثار الالتزامات كلها ، بغض النظر عن مصادرها . ولكنه وقع فى عيب منطقى من نوع آخر . إذ أنه قد تناول آثار الالتزام قبل أن يتناول مصادرها ، وكأن الالتزام يحيا ويعيش ، قبل أن ينشأ ويولد !

=

وخلال القرون العديدة التالية ، وعلى الأخص فى قرننا الحالى والقرنين اللذين سبقاه ، نمت هذه النظرية وتطورت وازدهرت إلى أن وصلت إلينا فى شكلها الرائع الذى نراها عليه اليوم .

٨ — وأهم ماتتميز به نظرية الالتزام أن القواعد التى تدخل فى رحابها تتسم بشئ كبير من الثبات والاستقرار . والسبب فى ذلك أن تلك القواعد لاتقرر إلا الأسس العامة التى تقوم عليها الالتزامات فى مجموعها ، دون أن تتطرق إلى الجزئيات والتفاصيل التى تنطوى عليها الالتزامات المختلفة ، والتى تتباين بداهة من التزام إلى آخر . وحظ الأسس العامة التى يقوم عليها أى نظام من التطور والتغيير أقل بالضرورة من حظ الجزئيات والتفاصيل [١].

ولكن ليس معنى ما سبق أن قواعد نظرية الالتزام هى قواعد أبدية خالدة لايلحقها التغيير . فجميع قواعد القانون ، كلها وبدون استثناء ، لايمكن ، ولاينبغى لها ، أن تكون ثابتة إلى الأبد . وما ذلك إلا لأن الغاية منها هى تنظيم الحياة فى الجماعة . وتلك الحياة تتغير وتتطور ، حتى فى الأسس التى تقوم عليها ، بتغير الظروف الاجتماعية والسياسية والاقتصادية . كل مافى الأمر أن القواعد التى تدخل فى رحاب نظرية الالتزام ، بحكم أنها تقتصر على تنظيم

= وقد عمدت المدونات اللاحقة ، فى مجموعها ، إلى تلافى العيب الذى وقع فيه المشرع الألمانى ، حيث تبدأ بمصادر الالتزام ، ثم تتبعها بآثارها وانقضائها (راجع Mazeaud المرجع السابق نبذة ٣٨) . وهذا ما انتهجته مدونة القانون المصرى .

(١) ولكون نظرية الالتزامات لا تتناول الا الأسس التى تقوم عليها بوجه عام وبالتالى الأسس التى تقوم عليها الحياة المالية ، فإنه من الممكن التفكير فى توحيد القواعد القانونية التى تحكمها ، إن لم يكن فى كل الدول ، فعلى الأقل فى المجموعات المتقاربة منها من حيث النظام القانونى الذى يسود فيها . ولقد وجدت بالفعل محاولة من هذا النوع بين فرنسا وإيطاليا ، انتهت بوضع مشروع مدونة الالتزامات والعقود المشتركة بين فرنسا وإيطاليا فى عام ١٩٢٧ . ولم يقدر لهذا المشروع أن يصير مدونة قانونية ، لمحض أسباب سياسية . وفى سبيل توحيد قانون الالتزامات بين الدول ، أصدر المعهد الأمريكى للقانون والتشريع المقارن ، فى سنة ١٩٣٧ ، مشروع مدونة دولية للالتزامات .

وحرى بنا ، نحن معشر العرب ، أن نعمد إلى توحيد قانون الالتزامات فى دولنا العربية ، سيما وأن عدداً كبيراً من هذه الدول يسير بالفعل على قانون موحد أو متشابه للالتزامات .

الأسس العامة للمعاملات المالية ، بل للحياة القانونية فى مجموعها : هى أقل تغيراً وأميل للثبات والاستقرار من غيرها .

ولمحة ولو سريعة إلى نظرية الالتزام فى القانون الرومانى وفى القانون المعاصر تقود إلينا الدليل واضحاً على أن قواعد تلك النظرية : وإن اتسمت بشئ من الثبات النسبى ، إلا أنها لم تكن بمنأى عن كل تطور أو تغيير .

فالأمثلة كثيرة على حصول تغييرات جوهرية فى نظرية الالتزام على مر الزمان . بل إن هذه التغييرات قد شملت طبيعة الالتزام ذاتها . فقد كان الرومان يرون فى الالتزام رابطة شخصية تجمع بين المدين والدائن . الأمر الذى كان يحول دون إمكان تغيير أى من طرفيه . فما كان للدائن أن يتنزل عن حقه لغيره . وماكان يسوغ للمدين أن يحول عبء دينه على شخص آخر ، يتحمل به مكانه . وقد تغيرت النظرة إلى الالتزام فى وقتنا الحاضر . فأخذ يصطبغ بصبغة مادية ظاهرة ، من شأنها أن تضعف أثر العلاقة بين الدائن والمدين : لتبرز أن الالتزام هو ، قبل كل شئ ، مال كغيره من الأموال ، الأمر الذى جعلنا نسمح أولا بانتقاله من صاحبه إلى غيره : عن طريق حوالة الحق ، ثم أخيراً من المدين إلى غيره : عن طريق حوالة الدين [١] .

٩ — ولنظرية الالتزام أهمية بالغة . إذ هى تعالج ، كما قدمنا ، الأسس التى تقوم عليها الالتزامات فى مجموعها . والالتزامات هى قوام المعاملات المالية بين الناس . وقد أدى هذا بالفقهاء إلى أن يروا فى نظرية الالتزام العمود الفقرى للقانون المدنى .

بل إن أهمية نظرية الالتزام لاتقتصر على القانون المدنى وحده . وإنما تتعداه إلى كافة فروع القانون الخاص الأخرى [٢] . لاسيما القانون

(١) ومن التغييرات الأساسية التى طرأت على نظرية الالتزام ذاك الذى لحق مبدأ سلطان الارادة فى العقود . وسوف نعود إلى ذلك فيما بعد (*انظر ما سيجىء ، نبذة ٢٧*) .

(٢) ولقد كان من شأن الأهمية القصوى للأحكام الداخله فى رحاب نظرية الإلتزام ، وبما تتسم به من شمول يتجاوز حدود فرع معين من فروع القانون ، أن لجأت بعض الدول إلى أن

التجارى . إذ أن تنظم المعاملات التجارية ، وإن تأثر بالضرورة بما تقتضيه التجارة من أوضاع . إلا أنه يخضع . فى أساسه . للقواعد التى تنظم النشاط المالى بين الناس فى مجموعه ، أى لقواعد الالتزامات .

ولاتقف أهمية نظرية الالتزام على فروع القانون الخاص ، بل تتعداه إلى فروع القانون العام ، لاسيما القانون الإدارى . فالقانون الإدارى . فى تنظيمه للعلاقات التى تقوم بين جهة الإدارة وبين الأفراد . يتخذ قواعد الالتزامات له أساساً . وإن غير فيها وعدل على النحو الذى تقتضيه طبيعة تلك العلاقات . من حيث وجود جهة الإدارة طرفاً فيها . من ناحية ، ومن حيث إن الغاية التى يستهدفها القانون الإدارى . فى تنظيمه تلك العلاقات ، تتركز أساساً فى تسيير المرافق العامة على خير وجه وأفضله . من ناحية أخرى .

١٠ — ويتنازع نظرية الالتزام ، عبر تاريخها الطويل . مذهبان : أحدهما يغلب العلاقة القائمة بين طرفى الالتزام . وهذا هو المذهب الشخصى . وثانيهما يغلب موضوع الالتزام ، وهذا هو المذهب المادى ..

فالمذهب الشخصى فى الالتزام يرى أساسه فى الرابطة التى تجمع بين الدائن والمدين . وهو بذلك يؤدى إلى عدم قيام الالتزام . مالم يتحدد طرفاه . كما أنه يؤدى إلى استحالة انتقاله من ناحية الدائن . ومن ناحية المدين على السواء .

= تفرد لها مدونة خاصة بها ، إما وحدها وإما مع العقود المسماة ، اعتباراً بأن هذه العقود تتمثل مصدرها الأساسى الغالب . ففى سويسرا ، صدرت فى سنة ١٨٨١ للالتزامات مدونة خاصة مستقلة أطلق عليها « مدونة الالتزامات » . وإذا كانت هذه المدونة أدخلت فيما بين دفتى مدونة القانون المدنى السويسرى ، إلا أنها لازالت تحتفظ باستقلالها وتسلسل موادها . وفى المغرب ، توجد مدونة خاصة بالالتزامات والعقود ، يطلق عليها « قانون الالتزامات والعقود » ، وإن تضمنت بعضاً من الأحكام التى لا تدخل فى رحابها ، وكذلك الشأن فى تونس .

بيد إن إفراد مدونة مستقلة لأحكام الالتزام بوجه عام ليس أمراً ضرورياً . فيمكن لهذه الأحكام أن تجد مكانها المرموق بين دفتى مدونة القانون المدنى . فالقانون المدنى هو الفرع الأصيل فى دوحة القانون الخاص ، ومن ثم يمكن لمدونته أن تضم فى فسيح رحابها الأحكام القانونيةالتى من شأنها أن تسرى داخل نطاقه ، كما تسرى فى نطاق غيره من فروع القانون الأخرى ، وهى مهمة يضطلع بها بالفعل من قديم فى الأغلبية الكبرى من البلاد ، بدءاً بمدونة نابليون إلى الآن .

وترجع نشأه المذهب الشخصى إلى القانون الرومانى . حيث رأى فقهاؤه أن الالتزام رابطة قانونية juris vinculum ، تجمع بين الدائن والمدين ، كما سبق لنا أن بينا[١] . وساد هذا المذهب . بوجه عام . فى القانون الفرنسى . كما ساد فى غيره من القوانين اللاتينية النزعة[٢] .

أما المذهب المادى فى الالتزام . فيقوم على تغليب موضوعه على طرفيه . فهو ينظر إلى موضوع الالتزام ، على اعتبار أنه الأمر الجوهرى فيه . وهو فى نفس الوقت يضعف من أثر العلاقة التى تجمع بين الدائن والمدين . ومؤدى ذلك أن الالتزام يبرز . لا على اعتبار أنه يثبت لشخص معين قبل آخر . ولكن على اعتبار أنه يتضمن ، قبل كل شئ ، قيمة مالية . الأمر الذى يجيز تداوله تداول غيره من الأموال ، فيشرى ويباع .

وكان لفقهاء الألمان ، وعلى الأخص Geirke ، فضل التبشير بالمذهب المادى والدفاع عنه فى ظل القانون المعاصر . وتأثر القانون الألمانى ، فى تنظيمه للالتزامات بهذا المذهب إلى حد كبير . وقد تأثر القانون المدنى المصرى الحالى بدوره بهذه النزعة . ولكن إلى حد معين ، يقل كثيراً عما وصل إليه القانون الألمانى . أما القانون الفرنسى . فلازال مثالا فذاً للقوانين التى تسودها النزعة الشخصية ، وإن أضحى لايخلو من بعض مظاهر المادية .

وإذا تركنا القانون المعاصر جانباً ، ويممنا وجهنا نحو الفقه الإسلامى . وجدنا الدين فيه تسوده نزعة مادية ظاهرة . لاتقل عن تلك النزعة المادية التى تسود الالتزام فى القانون الألمانى . فالاعتبار الأساسى فى الدين . عند

---

(١) راجع ما سبق ، نبذة ٣ .

(٢) بل إن هذا المذهب رأى له فى ألمانيا ، وهى معقل المذهب المادى فى الالتزام ، نصيراً كبيراً ، حيث دافع عنه الفقيه العالمى Savigny ، على نحو لا يخلو من الشطط والإسراف . فقد رأى هذا الفقيه الكبير أن الالتزام يتضمن سيادة الدائن على المدين ، بالنسبة إلى مظهر محدد من مظاهر نشاطه . فهو ، عنده ، يتفق مع الرق ، من حيث إنه ينطوى على السيادة والتسلط ، وإن اختلف عنه بالضرورة فى الدرجة والشمول .

فقهاء المسلمين ، هو موضوعه ، حتى أنهم رأوا فيه مالا ، وإن كان حكمياً . أما طرفا الدين ، وهما الدائن والمدين ، فأهميتهما أقل بكثير . وقد أدت النزعة المادية للدين بالفقه الإسلامى إلى أن يجيز انتقال عبء الدين من المدين الأصلى إلى غيره ، عن طريق حوالة الدين [١] . كما أدت به إلى القول بحلول أخرى كثيرة [٢] .

١١ — تقتضى نظرية الالتزام ، كما سبق لنا أن بينا ، رسم الخطوط العريضة للالتزامات ، ببيان القواعد العامة الأساسية التى تحكمها فى مجموعها ، دون التعرض للقواعد التفصيلية الخاصة بكل التزام على حدة .

والالتزام شأنه فى ذلك شأن أى نظام قانونى آخر ، بل شأن كل كائن على وجه البسيطة ، يمر بمراحل ثلاث : فهو يولد ويحيا ويموت . وتستهدف دراستنا هذه تناول الالتزام فى ميلاده أو نشأته ، أو مايسمى بمصادر الالتزام . على أننا لن نعالج فى هذا المؤلف مصادر الالتزام جميعها ، وإنما نجتزئ منها بأولها وأكثرها شيوعاً وأهمها على الإطلاق ، وهو العقد ، ملحقين به الإرادة المنفردة ، حيث إنه يجمع بينهما كون الإرادة هى الأساس فى إنشاء الالتزام ، الأمر الذى يمكن معه أن يدخلا معاً فى رحاب ما يمكننا أن نطلق عليه المصدرين الإراديين لنشأة الالتزام . والأمل ، معقود على أن نتمكن بعونه تعالى من أن نعرض ، فى مؤلف ثان ، لمصادر الالتزام الأخرى ، وهى التى يمكن أن نطلق عليها المصادر غير الإرادية ، اعتباراً بأنها على خلاف من العقد والإرادة المنفردة ، تنشئ الالتزام دون مادخل للإرادة .

(١) والغريب فى الفقه الإسلامى أنه أجاز انتقال عبء الدين من المدين الأصلى إلى غيره ، أى حوالة الدين ، فى حين أنه لم يجز فى مجموعه انتقال مزيته من الدائن الأصلى إلى دائن آخر ، أى حوالة الحق ، فيما عدا حالة الميراث والوصية . على أن ذلك هو رأى الجمهور ، ولم يجمع عليه فقهاء المسلمين . فهناك بعض من قال بامكان انتقال مزية الحق من الدائن إلى غيره ، أى حوالة الحق ، بمقتضى البيع أو الهبة أو حق الرهن . وعلى رأس هؤلاء فقهاء المذهب المالكى . راجع على الخفيف ، التصرف الإرادى والإرادة المنفردة ص ٢٥ وما بعدها .

(٢) ومن هذه الحلول ما قال به فقهاء المسلمين من إمكان وجود الدين حتى لو كان الدائن شخصاً لم يتعين بعد ، كما فى الجعالة ، وإن كان هذا مما يصح العدول عنه قبل الشروع فى العمل . وعلى الجملة أجاز فقهاء المسلمين الالتزام بالإرادة المنفردة .

كلمــة تمهيــدية
الالتزام فى ميلاده
أو مصـــادر الالـــتزام

١٢ — لكى ينشأ الالتزام ، لابد من وجود مصدر يخلقه ، ويبعث الحياة فيه . ولذلك جرت عادة الفقهاء على تناول نشأة الالتزام أو ميلاده تحت عنوان يحمل اسم « مصادر الالتزام » ، اعتباراً بأن بيان تلك المصادر يتضمن فى ذاته بيان نشأة الالتزام .

ويقصد بمصدر الالتزام الأمر الذى يولده . أو هو الينبوع الذى يستقى منه الالتزام وجوده .

وإلى القانون ترجع نشأة الالتزامات جميعاً . فلا قيام لأحد منها ، مالم يقره القانون ويعترف به ، شأنه فى هذا شأن سائر الحقوق والواجبات ، المالية منها وغير المالية على السواء .

بيد أن القانون ، وإن كان هو الذى يولد الالتزامات ، إلا أنه لايولدها بطريق مباشر . فهو يعلق قيامها على حدوث وقائع معينة يحددها . فهو لايقول ، مثلا ، إن شخصاً معيناً يتحمل لصالح آخر بالتزام محدد . ولكنه يقرر قيام هذا الالتزام ، إذاكان ثمة اتفاق يقضى به ، أو إذا حدثت واقعة أخرى من الوقائع العديدة المختلفة التى يمنحها قوة خلقه . وهكذا فالقانون ، وإن كان مصدر كل الالتزامات ، إلا أنه ينزوى إلى مرتبة المصدر البعيد غير المباشر . أما مصدرها القريب المباشر ، فهو ذات الواقعة التى يتطلب القانون حدوثها لقيامها . والمصدر القريب المباشر هو الذى يقصد عادة باصطلاح « مصادر الالتزام » .

١٣ — ومصادر الالتزام ، بالمعنى الذى انتهينا إليه ، عديدة متنوعة . فالبيع ، مثلا ، ينشئ التزامات متبادلة على البائع والمشترى . والإيجار ينشئ التزامات متبادلة على المؤجر والمستأجر . والوعد بجائزة تعطى عن

عمل معين ينشئ فى ذمة الواعد التزاماً باعطائها لمن يقوم به . والفعل الخاطئ الذى يؤدى إلى إصابة شخص بضرر ينشئ التزاماً فى ذمة مرتكبه بتعويض هذا الضرر . وقيام شخص بترميم جدار مملوك لآخر ، أراد أن ينقض فى غيابه . يحمل صاحب الجدار التزاماً بتعويض من رممه عن كل الخسارة التى لحقته من جراء فعله . أو على الأقل فى حدود ما أثرى به صاحب الجدار . والقرابة تؤدى إلى تحمل الشخص الموسر بالالتزام بالنفقة لصالح المحتاجين من أقربائه . كل هـذه وقائع تؤدى إلى نشأة الالتزام . وغيرها كثير يتناهى عن الحصر والبيان .

وكان طبيعياً . أمام تعدد الوقائع التى تنشئ الالتزام واختلافها . أن يعمد القانونيون إلى ردها إلى أصول تجمع بينها . تمشياً مع منطق القانون ومقتضيات فنه وصناعته .

١٤ — وفى هذا الصدد . نجد مذهباً تقليدياً . ساد فى فرنسا طوال القرن التاسع عشر . ولازال الكثيرون من فقائها يقولون به حتى الآن ، وإن أخذت أسهم النقد الجارحة تأتيه من كل جانب . وهذا المذهب يقسم مصادر الالتزامات إلى خمسة : العقد وشبه العقد والجريمة وشبه الجريمة ثم القانون .

ويقصد بالعقد Contrat توافق إرادتى طرفين على إنشاء التزام أو أكثر فى ذمة أحدهما أو فى ذمة كليهما . كالبيع والإيجار . أما شبه العقد quasi contrat . فيقصد به عمل مشروع . يقوم به صاحبه بإرادته ويؤدى إلى نفع شخص آخر . من غير أن يكون ملزماً بذلك قانوناً . كما إذا قام شخص عن قصد بأمر عاجل لمصلحة آخر دون أن يطلب منه القيام به أى الفضالة . وكما إذا دفع شخص لآخر ماليس بمستحق عليه . من غير أن يقصد التبرع له بما دفع . ويقصد بالجريمة délit ارتكاب فعل غير مشروع يؤدى إلى إيذاء الغير ، عن قصد من صاحبه . أما شبه الجريمة quasi délit . فيقصد به الفعل غير المشروع الذى يحدث ضرراً بالغير والذى يرتكبه صاحبه عن غير عمد . وإنما عن رعونة أو إهمال . أما الالتزامات الناشئة عن القانون la loi فيقصد بهـا تلك التى تنشأ عن

وقائع أخرى غير ماسبق ذكره ، كالالتزام بالنفقة المقرر لصالح المحتاجين في ذمة ذوى اليسار من أقربائهم .

وقد قال بهذا التقسيم لمصادر الالتزام بعض فقهاء القانون الفرنسي القديم في أوائل القرن الثامن عشر . وقد أخذ به على الأخص أشهر فقهاء هذا العصر وهو Pothier . وعن هذا الفقيه انتقل إلى مدونة نابليون .

وكان من شأن تبنى مجموعة نابليون للتقسيم الخماسي السابق لمصادر الالتزام أن منحه قوة كبرى جعلت الفقهاء الفرنسيين يجمعون على الأخذ به طوال القرن التاسع عشر . بل لازال بعض الفقهاء المعاصرين منهم يأخذون به حتى الآن . وقد زاد في قوة هذا التقسيم الاعتقاد الذي ساد في القديم من أنه مستقى من القانون الروماني .

١٥ — وإذا أردنا أن نضع هذا التقسيم لمصادر الالتزام في الميزان . وجدنا العيب يكتنفه من كل جانب . فليس صحيحاً ، من ناحية . أن أصله يرتد إلى القانون الروماني . فالرومان بريئون من وزره . ومن ناحية أخرى . فهو في ذاته فاسد ممعن في فساده .

فلم يقل الرومان أصلا بتقسيم مصادر الالتزام إلى العقد وشبه العقد والجريمة وشبه الجريمة والقانون . وإنما هذا التقسيم نسب إليهم بهتاناً . نتيجة خلط وقع فيه شراح القانون الفرنسي القديم .

فقد قسم الرومان . في مستهل عهـــد شريعتهم العريقة . مصادر الالتزام إلى نوعين : الجريمـــة [1] delicta والعقد contractus .

---

(١) وكانت الجريمة delicta عند الرومان نوعان : الجريمة العامة الجنائيـــة delicta publica-crimina ، وهى التى تقابل الجريمة الجنائية في وقتنـــا الحاضر ، والجريمة الخاصة delicta privata ، وهى التى تقابل العمل غير المشروع الآن . والجريمة العامة تقوم على إتيان فعل يحظره القانون ، ويؤدى ارتكابه إلى الاضرار بمصالح المدينة أو إلى سخط الآلهة ، كجريمة الهرب من الجندية أو الخيانة العظمى والاعتداء على الديانة . وكانت السلطة العامـــة هى التى تتولى الادعاء في الجريمـــة العامة . وكانت الدعوى ترفع أمام المحكمة الجنائية . وكانت العقوبة في أغلبها بدنية أو ماسة بالحرية . أما الجريمة الخاصة ، فتقوم على عمل يحظره القانون ، ويؤدى ارتكابه إلى الإضرار بالمصالح الفردية ، كجريمة الاعتداء على =

وقد دعاهم إلى هذا التقسيم الثنائى ماكان يرونه وقتئذ من أن الأمرين السابقين وحدهما هما اللذان يولدان الالتزام ، دون غيرهما من الوقائع والأحداث [١] وكان يقصد بالجريمة ، فى أول عهد شريعة الرومان ، معناها الغابر القديم ، وهو الاعتداء المتعمد المقصود [٢] ، اعتباراً بأن هذا الاعتداء يحمل مرتكبه بالدية فى بعض الأحيان .

وبعد قليل من الزمان ، أذن الرومان لبعض وقائع أخرى متفرقة ، غير العقد والجريمة ، أن تولد بدورها الالتزام . فكان طبيعياً أن يتسع تقسيمهم لمصادر الالتزام ليشمل تلك الوقائع الجديدة . فأصبح التقسيم ثلاثياً ـ شاملا إلى جانب العقد والجريمة ، ماأطلقوا عليه « الأسباب المختلفة variae causarum figurae

هكذا انتهى الرومان إلى تقسيم مصادر الالتزام إلى ثلاثة : الجريمة والعقد والأسباب المختلفة . وظل هذا التقسيم معمولا به عندهم إلى آخر مراحل تطبيق شريعتهم . كل ما فى الأمر أن فقيهم الكبير Gauis أراد أن ينسق بين الالتزامات التى تنطوى تحت ماأطلق عليه « الأسباب المختلفة » . فراعه أن بعضها يقترب من تلك الناشئة عن الجريمة ، وأن بعضها الآخر يقترب من تلك التى تنتج عن العقد . وذلك على الأخص من حيث الأثر . فأراد أن

= رب الأسرة أو أحد أفراد أسرته أو رقيقه injura وجريمة السرقة . وكانت الدعوى ، فى الجريمة الخاصة ، ترفع من المضرور أمام البريتور المدنى وبنفس إجراءات الدعاوى المدنية الأخرى ، وإن كان الجزاء عليها يتمثل فى أداء مبلغ من النقود ، يزيد على مدى الضرر ، ليتضمن ، إلى جانب التعويض عنه ، فكرة العقوبة poena . وقد أدت نظرة الرومان إلى الأفعال التى تؤذى المصالح الفردية وتؤدى إلى توقيع الجزاء عليها على اعتبار أنها جريمة ، إلى عدم إباحتها إلا فى الأحوال التى كان يسمح بها القانون مباشرة ويحددها ، إعمالا لقاعدة أنه لا جريمة إلا بناء على قانون .

(١) بل إن الرومان لم يصلوا إلى أن يجعلوا من *الجرائم والعقود* مصادر عامة *لنشأة الالتزام* . وإنما كانوا يقررون تولد الالتزامات عن جرائم معينة بذاتها حددوها عن سبيل الحصر ، وان أخذ عددها يتزايد على مر السنين .

(٢) وإن كان مضمون الجريمة قد اتسع فيها بعد ، حيث إن جريمة اتلاف الأموال ، التى تقررت *بمقتضى قانون* Aquilia ، *مع التعديلات التى أدخلها عليها البريتير* ، كانت تشمل ، إلى جانب الاعتداء المتعمد ، ذاك غير المتعمد .

يعبر عن تلك الفكرة . فقال عن الالتزامات الأولى . إنها تتشابه مع تلك التى تنتج بمقتضى الجريمة[١] quasi ex delicto وعن الثانية . إنهـا التزامات تتشابه مع تلك التى تتولد بمقتضى العقد[٢] quasi ex contractu واتخذ هذا التفريق مكاناً فى مجموعة Justinien

ثم حدث، فى أواخر عهد القانون الفرنسى القديم : أن وقع تحريف فيما قال به Gauis ومن بعده Justinien . فبدلا من القول بأن هنـاك التزامات تتشابه مع تلك الناشئة عن الجريمة quasi ex delicto ؛ قيل إن هناك التزامات تنشأ عن شبه الجريمة ex quasi delicto . وبدلا من القول بأن هناك التزامات تتشابه مع تلك التى تنتج عن العقد quasi ex contractu . قيل بأن هذه الالتزامات تنشأ عن شبه العقد ex quasi contractu . وهكذا نشأ فى لغة القانون اصطلاحان جديدان . هما : شبه الجريمة وشبه العقد . وهما غريبان عن الرومـان . وإن جاءا نتيجة تحريف عبارتهم . ذاك التحريف الذى نشأ نتيجة تقديم كلمة (ex) على كلمة (quasi) .

يظهر مما سبق أن تقسيم مصادر الالتزام إلى العقد وشبه العقد والجريمة وشبه الجريمة والقانون لايرجع فى أصله للقانون الرومانى . بل هو من خلق بعض فقهاء القانون الفرنسى القديم .

وإذا صرفنا النظر عن أصل هذا التقسيم إلى الحكم عليه فى ذاته . وجدناه

---

(١) فالشئ الذى كان Gauis يعنيه هنا هو اعتبار الالتزام كما لو كان ناشئاً عن الجريمة ؛ لا من حيث المصدر فهو لا ينشأ عن جريمة فى واقع الأمر ، ولكن من حيث الأثر المترتب على الالتزام ذاته . فنى كلتا الحالتين ، كان يجوز للالتزام ، أن يتجاوز ، فى مقداره مدى الضرر الذى لحق الدائن ، اعتباراً بأنه كان يتضمن أيضاً معنى العقوبة . وفى كلتا الحالتين أيضـاً ، كان الالتزام يقع على عاتق المدين شخصياً ، فلايتحمل به وارثه من بعده . وتعبيراً عن هذه الفكرة ، قال Gauis ، عن الالتزامات التى نحن بصددها ، إن المدين يلتزم بهما كما لو أنه كان يلتزم بجريمة quasi ex delicto tenetur

(٢) وهنا أيضاً كان Gauis يعنى أن هناك ، إلى جانب الالتزامات الناشئة عن العقد . التزامات أخرى تتشابه معها فى الأثر ، أى التزامات يتحمل بها المدين ، كما لو أنه كان يتحمل بالتزامات ناشئة عن العقد Qauis ex contracto tenetur

فاسداً ممعناً فى فساده [١] . والعيوب التى تشوبه كثيرة . وأهمها الأمران الآتيان :

١ — ماأطلق عليه (شبه العقد) لايشبه العقد من حيث إنه يولدالالتزامات. فى العقد نجد أن الإرادة المتبادلة لطرفيه هى التى تولد الالتزامات الناشئة عنه . فالالتزامات الناشئة عن عقد البيع . مثلا ، تقوم بسبب أن الإرادة المشتركة لكل من البائع والمشترى ارتضت قيامها . فالقانون هنا يقتصر على تقرير شرعية مااتجهت إليه تلك الإرادة .

وليس الحال هكذا فيما أطلق عليه (شبه العقد) . فالالتزام الذى تعزى نشأته لهذا المصدر يقوم نتيجة حصول فعل معين . بصرف النظر عن إرادة صاحبه أو غيره فى التحمل به . فالفضولى [٢] مثلا . يتحمل بالالتزام بالمضى فى العمل الذى يبدأه إلى أن يتمكن من يجرى لصالحه من مباشرته بنفسه (المادة ١٩١) . كما أنه يلتزم بأن يبذل فيه عناية الرجل المعتاد (المادة ١٩٢) . ولايرجع تحمله بهذين الالتزامين إلى انصراف إردته إلى التحمل بهما ، ولكن إلى مجرد قيامه بالعمل . صحيح أن الفضولى يقصد القيام بالعمل الذى يأتيه ، ولكن الالتزامات التى يتحمل بها لاترجع إلى رغبته فى التحمل بها . فسواء انصرفت إرادته إلى ذلك ، أم أنه يفكر فيه أصلا . ولايقف الأمر عند هذا الحد . إذ أن أثر الفضالة لايقتصر على ترتيب الالتزامات على الفضولى ، بل إنها تحمل رب العمل نفسه بعدة التزامات ، أهمها دفع كل المصروفات الضرورية والنافعة التى أنفقها الفضولى، وهو فى سبيل القيام بالعمل مع فوائدها من يوم دفعها (المادة ١٩٥) . والالتزامات التى يتحمل بها رب العمل لاتمت بصلة إلى إرادته . فهى تثقل كاهله برغم

---

(١) انظر ، فى نقد هذا التقسيم Planiol . فى مقاله المنشور فى rev. critique س ١٩٠٤ ص ٢٢٤ ومابعدها .

(٢) وهو الشخص الذى يتولى عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر ، دون أن يكون ملزماً بذلك (المادة ١٨٨) . ومثاله أن يلجأ شخص عن قصد إلى ترميم جدار مملوك لآخر يريد أن ينقض ، من غير أن يطلب منه ترميمه .

نفه . وماقلناه عن الفضالة يسرى على دفع غير المستحق ، حيث إنه يترتب عليه التزام المستلم برد ماأخذ بغير وجه حق . من غير أن يكون لإرادته أى أثر فى تحمله بهذا الالتزام .

هكذا يبين أن الخلاف أساسى بين العقد وبين ماأطلق عليه (شبه العقد) من حيث إنهما ينشئان الالتزام . فى حين أن الأول يقوم على منح الإرادة المشتركة لطرفيه قوة خلق الالتزام ، نجد أن الثانى يقوم على ترتيب الالتزام نتيجة وقوع فعل معين . دون أن يكون للإرادة أى دور فى هذا الترتيب . وإن أمكن أن يكون لها دور فى وقوع العمل نفسه . وإذا كان الأمر هكذا . فإن تشبيه الثانى بالأول يقع فى غير محله .

٢ — والعيب الثانى الذى يوجه إلى التقسيم الذى نحن بصدده يقوم على أنه لايوجد مبرر معقول للتفرقة بين الجريمة وشبه الجريمة ، باعتبار أنهما ينشئان الالتزام . فقصد الإضرار ، الذى هو قوام تلك التفرقة ، لا يهم فى القانون المدنى ، حيث إن هذا القانون يستهدف مجرد التعويض عن الضرر الذى يحدثه الفعل . وذلك بخلاف الحال فى القانون الجنائى ، حيث يستهدف توقيع العقاب على الجانى . زجراً لنفسه . وردعاً لغيره من الناس . فالالتزام بالتعويض ينشأ عن كل فعل خاطئ يضر الغير . بعض النظر عما إذا كان هذا الفعل قد ارتكب عن قصد وعمد . أو كان قد ارتكب عن رعونة وإهمال . ويتحدد هذا الالتزام . فى مداه . بمقدار الضرر ، وذلك فى الحالتين كلتيهما . فالمهم هنا هو قدر جسامة الضرر ، وليس قصد الأضرار [١] .

---

(١) ويلاحظ أن الرومان أنفسهم لم يدخلوا فى اعتبارهم قصد الأضرار أو عدمه . عند قولهم بنشوء الالتزام بالتعويض عن الجريمة أو بنشوء التزام بالتعويض يشابه ذاك الناشئ عن الجريمة . وإنما الأساس الذى اعتبروه هنا هو وجود نص فى القانون يعتبر الفعل جريمة أو عدم وجود مثل هذا النص . فبعض الجرائم كان يقوم على فعل غير عمدى . ومثال ذلك جريمة إتلاف المال demnam injuria datum الذى تقررت بمقتضى قانون Aquilia. فهذه الجريمة ، مع التعديلات التى أدخلها البريتور عليها ، كانت تشمل الاعتداء المتعمد وذاك غير المتعمد على حد سواء . ثم إن الأفعال التى اعتبرها الرومان مشابهة للجرائم من حيث إنها تولد مثله =

من كل هذا يظهر أن تقسيم مصادر الالتزام إلى العقد والجريمة وشبه العقد وشبه الجريمة والقانون هو تقسيم فاسد . وكان من شأنه فساده أن هجرته أغلب التقنينات التى وضعت بعد المجموعة الفرنسية ، حتى تلك التى استوحتها .

١٦ — وإذا طرحنا جانبا التقسيم التقليدى لمصادر الالتزام ، رأينا أنه يمكن رد تلك المصادر إلى نوعين أساسيين :

أولهما يقوم على الإرادة ، من حيث إنها هى التى تولد الالتزام فيه ، بمعنى أنها هى التى ترتضى قيام الالتزام . ولا يفعل القانون أكثر من أن يتبنى رضاءها ذاك ، فيقيم الالتزام اعتداداً به . ويطلق على هذا المصدر التصرف القانونى . وهو يشمل التصرف القانونى الصادر من جانب واحد ، أى نتيجة الإرادة المنفردة ، والتصرف القانونى الصادر من جانبين أو إرادتين ، وهذا هو الاتفاق أو العقد .

والنوع الثانى من مصادر الالتزام يقوم على حدوث واقعة معينة يترتب على مجرد حدوثها نشأة الالتزام ، من غير أن يكون لإرادة شخص ما أدنى أثر فى ذات قيامه . ومثال ذلك أن يدهم رجل بسيارته شخصاً آخر ، فيصيبه بأذى . إذ أن مجرد وقوع الحادثة مع نشأة الضرر عنها ، يولد ، على سائق السيارة ، التزاماً بتعويض المضرور ، دون ما دخل لإرادة أى من هذين الشخصين فى نشأة الالتزام .

وهكذا نصل إلى أن التقسيم المنطقى لمصادر الالتزام هو تقسيم ثنائى ، يقوم على التفرقة بين التصرف القانونى والواقعة القانونية [1] . وهو تقسيم

= الالتزام بالتعويض كانت تتضمن أفعالا عمدية وأفعالا غير عمدية . ومثال الأولى جور القاضى أو ظلمه لأحد الخصوم وإلقاء شئ من المسكن . راجع فى ذلك مؤلفنا : المسئولية التقصيرية عن حوادث السيارات وغيرها من الأشياء الخطرة ، محاضرات مطبوعة على الآلة الكاتبة لقسم الدكتوراه فى جامعة الكويت عام ١٩٧٢ — ١٩٧٣ .

(١) انظر مؤلفنا : نظرية الحق ، نبذة ١٨٣ .

لايقتصر على الالتزامات وحدها ، بل يسرى أيضاً على كافة الحقوق والواجبات [١] .

١٧ — ويبدو أن هذا التقسيم الثنائى هو الذى راق للمشرع المصرى فى مدونة القانون المدنى الحالية ، وإن لم يصرح فى ذات نصوصها بما ينبئ عن ذلك . فإذا كانت هذه المدونة لم تتضمن نصاً تحدد مصادر الالتزام أو يقسمها ، مراعاة منها لمقتضيات فن صناعة التشريع [٢] ، إلا أنها تناولت هذه المصادر بترتيب معين وفى فصول متعاقبة ينم عن أنها تردها إلى مصدرين

(١) ويتبنى فقهاء المسلمين بتقسيم مقارب لمصادر الحقوق . فهم يرجعون هذه المصادر إلى مايطلقون عليه « التصرفات القولية » و « التصرفات الفعلية » . وهم يقصدون بالتصرفات القولية الحالات التى ينشأ فيها الحق نتيجة إرادة ذوى الشأن ، اعتباراً بأن القول أو اللفظ هو الوسيلة الأساسية للتعبير عن تلك الإرادة . أما التصرفات الفعلية ، فهى تلك التى تقوم على فعل الإنسان .

ومن الممكن أن نرى ، فيما يطلق عليه فقهاء الشريعة « التصرفات القولية » يتطابق مع مانطلق عليه نحن ، فى ظل القانون المعاصر ، « التصرف القانونى » . أما « التصرفات الفعلية » ، فهى تقابل عندنا « الوقائع القانونية » ، دون أن تتطابق معها تمام المطابقة . إذ أن التصرفات الفعلية وفق ما يدل عليها اسمها ، هى تلك التى تقع بفعل الإنسان . أما الواقعة القانونية ، فى ظل القانون المعاصر ، فتعنى كل حدث يقع وينتج عنه أثر قانونى ، دون أن يكون للإرادة دخل فى ذات إنتاج هذا الأثر ، وسيان بعد ذلك أن يقع الحدث بفعل الإنسان ، كما إذا دهم رجل بسيارته أحد المارة ، فأحدث به الأذى ، أو أن يكون قد وقع بغير فعله ، وإنما بفعل الطبيعة ذاتها كالولادة والموت والقرابة والجوار ، وهذه هى مايطلق عليها : الوقائع الطبيعية .

هكذا نرى أن تقسيم فقهاء المسلمين مصادر الحق إلى التصرفات القولية والتصرفات الفعلية يقارب إلى حد كبير تقسيم القانون المعاصر لهذه المصادر إلى التصرفات القانونية والوقائع القانونية ، وإن كان لا يتطابق أو يتماثل معه تماماً . انظر فى ذلك : منصور مصطفى منصور ، دور الإرادة فى تكوين التصرف القانونى ، دروس الدكتوراه فى جامعة الكويت ، لعام ١٩٧٢ / ١٩٧٣ ، ص ٤ . وقارن أستاذنا السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الإسلامى ، ج ١ ص ٦٩ . ويرى الفقيه السنهورى أن التقسيم الإسلامى لمصادر الحقوق إلى تصرفات قولية وفعلية مطابق لتقسيم القانون المعاصر لهذه المصادر إلى التصرفات القانونية والوقائع القانونية ، فى حين أن المطابقة ليست تامة كما بينا .

(٢) وفى ذلك يختلف قانوننا المصرى الحالى عن قانوننا القديم الذى تضمن فى المادة ٩٣ / ١٤٧ منه ترتيباً معيناً لمصادر الالتزام ، وذلك بقوله إن «التعهدات إما أن تكون ناشئة عن اتفاق أو عن فعل أو عن نص فى القانون » . ويلاحظ على هذا النص أنه أغفل الإرادة المنفردة . كما أن اصطلاح « الفعل » الذى تضمنه يقصد به العمل غير المشروع والإثراء دون سبب على حساب الغير . وهو بذلك يقابل اصطلاح الواقعة القانونية فى لغتنا الحديثة .

أساسين . هما التصرف القانونى والواقعة القانونية . فهى تبدأ بالعقد ، ثم تتلوه بالإرادة المنفردة ، وهما اللذان يكونان فى مجموعهما التصرف القانونى . وبعد ذلك تعرض مدونة القانون المدنى للمصادر الأخرى التى ترتد كلها إلى الواقعة القانونية ، فتتكلم فى الفعل الضار ، ثم فى الفعل النافع ، لتنتهى بالمصدر الأخير الذى جرت العادة على أن يضفى عليه اسم « القانون » .

١٨ — وإذا كان التقسيم الثنائى لمصادر الالتزامات هو الذى يقتضيه المنطق ، إلا أننا ، أخذاً بالاعتبارات العملية ، سنراعى فى دراستنا لتلك المصادر نوعية كل منها ، متبعين نفس الترتيب الذى سارت عليه مدونة القانون المدنى .

١٩ — هكذا يرتسم لنا منهاج دراستنا لمصادر الالتزام . فنبدأ بالكلام فى العقد . ثم نتبع بالإرادة المنفردة . ونعقب بالفعل الضار . ثم يجئ الفعل النافع أو الإثراء دون سبب على حساب الغير . لينتهى المطاف بالالتزامات التى تعزى نشأتها إلى القانون .

٢٠ — وسوف نجتزئ ، فى هذا المؤلف ، بتناول العقد والإرادة المنفردة ، اعتباراً بأنهما يتمثلان المصدرين اللذين يقومان على الإرادة ، أى باعتبارهما المصدرين الإراديين فى نشأة الالتزام . أما المصادر الأخرى ، فسوف نخصص لها مؤلفاً آخر .

٢١ — والعقد هو أهم المصادر المنشئة للالتزام . بل إن المصادر الأخرى مجتمعة لاتتناسب معه بمفرده فى الأهمية . فهو ينشئ الأغلبية الساحقة من الالتزامات .

ونعالج نظرية العقد فى أبواب أربعة : فنبدأ ، فى باب تمهيدى ، بالتعريف بالعقد . ثم نعالج ، فى الباب الأول ، قيامه . ونعقب ، فى الباب الثانى ، بآثاره . وننتهى ، فى الباب الثالث ، بالأمور التى قد تطرأ عليه فتزيله ، أى انحلاله . وسوف نتبع دراسة نظرية العقد بدراسة نظرية الإرادة المنفردة ، باعتبار أنها ، لقلة أهميتها نسبياً فى إنشاء الالتزام ، يمكن إلحاقها بالعقد . ونخصص لذلك الباب الرابع والأخير .

باب تمهيـــدى

فى التعريف بالعقـــد

٢٢ — تقتضى دراستنا للعقد أن نبدأ بكلمة عنه ، تستهدف التعريف به . ونلجأ فى هذا المجال إلى بيان المقصود منه ، ونحدد أساسه ونطاقه . ونبرز أهميته ، ثم نتناول بعد ذلك كله التقسيمات العديدة التى ترد عليه .

٢٣ — تعريف العقـــد :

لم يورد القانون المدنى المصرى تعريفاً للعقد [١] ، وهو إن توافق فى ذلك مع بعض القوانين فى الدول المختلفة . فهو يتخالف مع كثرة من قوانين أخرى [٢] .

ويمكن تعريف العقد بأنه توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر يرتبه القانون . وهذا هو التعريف السائد فى الفقه المعاصر بالنسبة إلى الجوهر . وإن اختلفت العبارة من فقيه لآخر . ولعله يكون من الأدق أن نقول ، فى تعريف العقد ، بأنه ارتباط الإيجاب بالقبول على إحداث أثر يرتبه القانون [٣] . وهذا تعريف مستمد من الفقه الإسلامى مع شئ من التعديل .

---

(١) ورد فى مشروع تنقيح القانون المدنى المصرى (المادة ١٢٢) تعريف للعقد مؤداه « العقد اتفاق ما بين شخصين أو أكثر على إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهائها » . ولم يرد هذا التعريف فى القانون ، « حتى يتجنب التعريفات بقدر الإمكان فيما لاضرورة لتعريفه » .

(٢) تباين أمر التقنينات ، فى الدول المختلفة ، فى شأن تضمن النصوص تعريفاً للعقد . فبعضها سار عليه ، كالقانون الفرنسى (المادة ١١٠) ، والقانون الإيطالى (المادة ١٠٩٨) ، والقانون الأسبانى (المادة ١٢٥٤) ، والقانون البرتغالى (المادة ٦٤١) ، والقانون الهولندى (المادة ١٣٤٩) والمشروع الفرنسى الإيطالى (المادة الأولى) ؛ ومشروع تنقيح القانون المصرى (المادة ١٢٢) ، والقانون اللبنانى (المادة ١٦٥) ، والقانون العراقى (المادة ٧٣) والقانون الأردنى (المادة ٨٧) ، والقانون الكويتى (المادة ٣١) . والبعض الآخر من التقنينات تجنب إيراد تعريف للعقد ، كالقانون الألمانى والقانون السويسرى والقانون المغربى .

(٣) وهذا هو التعريف الذى تخيرناه للقانون المدنى الكويتى ، وورد فى المادة ٣١ منه . وهو فى الحقيقة أدق من التعريف السائد فى الفكر القانونى المعاصر ومؤداه أن العقد اتفاق بين شخصين أو أكثر أو توافق إرادتيهما على إحداث أثر قانونى. فالاتفاق أو التوافق لايكفى فى ذاته =

ومن تعريفنا للعقد على نحو ماسبق ، يبين أنه يقوم على أمرين أساسيين : توافق الإرادتين أو ارتباط الإيجاب بالقبول ، وهو مايكون الإرادة المشتركة . أى الرضاء . وهو الركن الركين اللازم لقيام العقد . والأمر الثانى الذى يقوم العقد عليه هو أن يبتغى به إحداث أثر يرتبه القانون ، أى يتحقق بالجبر والإلزام وينطوى على جزاء تكفله السلطة العامة بالقوة عند الضرورة . وليس مجرد أثر يبتغى به المجاملة أو التمشى مع مجرد اعتبارات الصداقة أو الإنسانية . وسيان بعد ذلك أن يكون الأثر القانونى المستهدف من العقد من طبيعة أو نوعية معينة أو من أخرى . فسواء أن يبتغى بالعقد إنشاء أو نقل حق عينى . أو إنشاء حق شخصى أى التزام . أو نقله . أو تعديله أو إنهاؤه .

والعقد يقوم أساساً على ارتباط إرادتين أو أكثر . فهو لايقوم حينما توجد إرادة شخص واحد . حتى إذا اتجهت تلك الإرادة إلى أحداث أثر قانونى . كما إذا أوصى شخص بماله بعد موته لآخر أو وقفه على البر والخير . ففى هذه الحالة يقوم تصرف قانونى من جانب واحد . فى حين أن العقد هو تصرف قانونى من جانبين ، على الأقل .

والغالب أن يقوم العقد بين طرفين . البائع والمشترى ، مثلا ، فى عقد البيع . والمؤجر والمستأجر . فى عقد الإيجار . ولكن لايوجد ثمة مايمنع

= لقيام العقد ، مابقيت الإرادة كامنة فى نفس صاحبها ، لم تتجاوزها إلى العالم الخارجى عن طريق التعبير عنها . وهو مايطلق عليه فى الفقه الإسلامى ، (الصيغة) . ثم إنه ينبغى أن يجى القبول حالة كون الإيجاب باقياً لم يسقط لسبب أو لآخر . وعبارة ارتباط الإيجاب بالقبول أخلق بأن تبرز هذين الأمرين كليهما .

وارتباط الإيجاب بالقبول ، كأساس للعقد . قول مستمد من الفقه الإسلامى ، وهو شائع على ألسنة رجاله . وأوردته المجلة (المادة ١٠٣) ومرشد الحيران (المادة ٢٦٢) ، كما أورده أخيراً مشروع تقنين الشريعة الإسلامية على مذهب الإمام أبى حنيفة ، الذى أصدره مجلس البحوث الإسلامية بالقاهرة (المادة ٣) . وقد أقام القانون العراقى تعريف العقد على ذاك القول ، فنقل عن مرشد الحيران ، فى المادة ٧٣ منه ، النص على أن : « العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره فى المعقود عليه » . وأخذ القانون الأردنى فى المادة ٨٧ منه بالتعريف ذاته مع شئ من الإضافة إليه .

من أن يقوم العقد بين أطراف متعددة ، كما هي الحال في عقد الشركة وعقد القسمة . وفي حدود الطرف الواحد للعقد . لايوجد ثمة مايمنع من أن يتعدد الأشخاص الذين يدخلون في تكوينه . ومثال هذه الحالة البيع الصادر من عدة أشخاص للشيء الذي يملكونه في الشيوع . والشراء الذي يعقد لصالح أشخاص متعددين .

يظهر مما سبق أن ارتباط إرادتين على الأقل أمر لازم لقيام العقد . على أنه وحده لايكفي . فليس كل توافق إرادتين وارتباطهما ينشأ بالضرورة عقداً . وإنما يلزم بذلك أن يتجه هذا التوافق إلى إحداث أثر قانوني ، أي أثر يضفي عليه القانون الجزاء الذي يكفل احترامه بوساطة السلطة العامة . فإن لم يقم توافق الإرادتين على إحداث أثر قانوني ، ماقام ثمة عقد ، بالمعنى المقصود بهذا اللفظ في لغة القانون . ومثال هذه الحالة الأخيرة . أن يتفق شخصان على أن يستضيف أحدهما الآخر في داره . أو على وجبة طعام ، أو على أن يوصله بسيارته إلى داره . في كل هذه الحالات ومايشابهها ، لانكون بصدد عقد ، بالمعنى القانوني لهذا اللفظ ، مادام توافق الإرادتين لم يتجه إلى إحداث أثر قانوني . وإنما قصد التمشي مع واجبات الصداقة أو المجاملات أو الإنسانية فحسب . وسنعود إلى ذلك فيما بعد . عند الكلام في الإرادة باعتبارها لازمة لقيام العقد [١] .

وإذا وجب ، لقيام العقد ، أن تتفق إرادتان وترتبطا على إحداث أثر قانوني ، فلاأهمية بعد ذلك ، كما سبق أن بينا ، لطبيعة هذا الأثر . فسواء أن يكون إنشاء حق أو نقله أو تعديله أو زواله .

٢٤ — ومقتضى عدم الاعتداد بطبيعة الأثر القانوني الناتج عن العقد أن يصبح هذا اللفظ ، في معناه ومدلوله ، مرادفاً للفظ (الاتفاق) .

والحق إن بعض الفقهاء قد جروا على التفرقة بين هذين الاصطلاحين . فهم يرون في الاتفاق convention توافق إرادتين أو أكثر على إنشاء

---

(١) راجع ماسيجي ، نبذة ٤٣ .

الحق (كالبيع ينشئ حقوقاً للبائع والمشترى . وكالإيجار ينشئ حقوقاً متبادلة للمؤجر والمستأجر) . أو على نقله (كما هى الحال فى الحوالة) ، أو على تعديله (كالاتفاق على تقسيط الدين أو على مد أجل الوفاء به) ، أو على زواله (كالوفاء ينهى حق الدائن) . أما العقد contrat . فهم يرون فيه توافق الإرادتين الذى يستهدف الأمر الأول وحده . وهو إنشاء الحق ، دون باقى الأمور . وهى نقل الحق وتعديله وزواله . وهكذا فالعقد فى نظر هؤلاء الفقهاء أخص وأضيق نطاقاً من الاتفاق . فهو بالنسبة إليه بعض من كل أو نوع من جنس [١] .

ولكن أغلبية الفقهاء سرعان مانادت بنبذ التفرقة السابقة بين الاتفاق والعقد . ووصل الأمر بنا . فى وقتنا الحاضر . إلى أن نجد إجماع الفقهاء ، أو مايقربه [٢] . يقوم على عدم التمييز بين الاتفاق والعقد . وعلى أنهما لفظان مترادفان لمدلول واحد ، هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانونى ، يرتبه القانون إعمالا له . أياً ماكانت طبيعة هذا الأثر ، أى سواء أكان إنشاء حق أم نقله أم تعديله أم زواله . وأياً ماكان الأمر ، فإنه ينبغى عدم التزام التفرقة السابقة . لانعدام فائدتها أصلا [٣] . وهو الأمر الذى

---

(١) وقد قال بهذه التفرقة بين الاتفاق والعقد كثير من شراح القانون الفرنسى القديم ، لاسيما بوتيه Pothier ودوما Domat ، وانتقل منهم إلى مدونة نابليون ، التى جاءت تعرف العقد فى المادة ١١٠١ منها بقولها : « العقد اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو أكثر نحو شخص آخر أو أكثر بإعطاء شئ أو بعمله أو بالامتناع عن عمله » . وهكذا يرى المشرع الفرنسى أن العقد هو نوع من الاتفاق مقصور فى أثره على إنشاء الالتزام .

(٢) أنظر من الفقهاء الحديثين ممن لازالوا يقولون بالتفرقة بين الاتفاق والعقد :

H, L. et J. Mazeaud, Lécons de Droit Çivil. T, II No. 52.

(٣) وقد رأى بعض ممن قالوا بهذه التفرقة أن لها أهمية من حيث الأهلية ، زاعمين بذلك أن الأهلية تختلف باختلاف ماإذا كنا بصدد إنشاء الحق ، أى العقد ، أم بصدد نقله أو تعديله أو زواله ، أى بصدد الاتفاق الذى لايعتبر عقداً . وهذا زعم فاسد لايوجد أدنى مظهر للصدق فيه . فالأهلية الواجبة فى إبرام التصرفات لاتتأثر إطلاقاً بما إذا كنا بصدد إنشـاء حق أو نقله أو تعديله أو زواله ، وإنما هى تتأثر باعتبار آخر قوامه طبيعة التصرف فى ذاته من حيث إنه ينطوى ، بالنسبة إلى من يقوم به ، على نفع محض أو على ضرر محض أو على التقابل بين النفع=

يسير المشرع عليه بالفعل ، حيث يطلق لفظى « العقد » و « الاتفاق » قاصداً منهما نفس المعنى والمدلول [1] . وكذلك يسير العمل عندنا على هدر التفرقة بين العقد والاتفاق ، باعتبارها قائمة على اختلاف الأثر القانونى المترتب على كل منهما ، وإن أخذ يسير على شئ من التفرقة بينهما على أساس آخر . قوامه التمييز بين العقود الأساسية التقليدية الهامة كالبيع والإيجار والوكالة والشركة ، حيث جرت عادة الناس على أن يطلقوا عليها اصطلاح « العقد » . وبين العقود الأخرى كعقد إصلاح سيارة أو ترميم منزل وغيرهما من العقود غير المسماة ، والتى يغلب أن يطلق عليها الناس اصطلاح « الاتفاق » . بيد أن هذا الاتجاه فى العمل لم يتبلور بعد . وآية ذلك أن كثيراً من الناس ، حتى القانونيين منهم ، يطلقون على الصنف الثانى من العقود التى بيناها عبارة «عقد اتفاق» . وهى عبارة معيبة فى الحقيقة ، حيث إنها تجمع بين مترادفين ، يغنى أحدهما تماماً عن الآخر .

=والضرر . ولاتأثير إطلاقاً بعد ذلك لما إذا كنا بصدد إنشاء حق أم نقله أم تعديله أم زواله. ويترتب على ذلك أن الأهلية الواجبة تتفاوت فى حدود الأثر الواحد للعقد ، بحسب المعيار الذى حددناه . فالأهلية الواجبة لإبرام البيع تختلف عن تلك الواجبة لإبرام الهبة وعن تلك الواجبة لإبرام الإيجار ، فى حين أن هذه العقود جميعاً تستهدف أثراً واحداً هو إنشاء الحق . بل أن الأهلية الواجبة تختلف فى العقد الواحد بالنسبة إلى طرفيه . فالأهلية اللازمة لدى الواهب ، فى عقد الهبة ، أشد بكثير من تلك المتطلبة فى الموهوب له .

(١) وقد حرص واضعو المشروع التمهيدى لقانوننا المدنى على نفى كل تفرقة بين العقد والاتفاق وعلى جعلهما شيئاً واحداً . وكان هذا الحرص هو دافعهم الأساسى لإيراد تعريف للعقد فى المادة ١٢٢ من المشروع ، التى جاءت تقول : « العقد اتفاق ما بين شخصين أو أكثر على إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهائها » . فقد جاء فى المذكرة الإيضاحية ، تبريراً لإيراد هذا التعريف للعقد : « ومهما يكن من أمر ، فقد رؤى من المفيد إيراد تعريف للعقد ، ولو لم يكن من وراء ذلك سوى نفى كل تفرقة بين العقد والاتفاق وجعلهما شيئاً واحداً » . وقد حذف النص السابق ، فلم يأت فى قانوننا . والسبب فى حذفه هو مجرد التمشى مع فن عمل التشريع الذى يقضى بتجنب التعريفات ما أمكن (انظر المذكرة الإيضاحية ، ج ٢ ص ١١ فى الهامش) . فهذا الحذف لايعنى بتاتاً عدم رضاء المشرع بالغاية التى استهدفها النص ، وهى هدم التفرقة بين الاتفاق والعقد .

٢٥ — فكرة العقد فى الفقه الإسلامى :

أصل معنى لفظ (العقد) فى لغتنا العربية هو الربط المحكم [١] ، ثم اتسع مدلوله ، فشمل ، فى اصطلاح الفقهاء ، العهد الذى يأخذ الإنسان نفسه على احترامه ، أو بعبارة أخرى ، الأمر الذى يرتضى المرء الالتزام به ، اعتباراً بأنه قد قبل أن يربط نفسه به ، وعقد النية على الإذعان له .

وقد أدى الأصل اللغوى للفظ (العقد) إلى أن فقهاء الشريعة الأقدمين ، فى مجموعهم [٢] ، أطلقوه على كل تصرف من شأنه أن يرتب أثراً شرعياً ، ليس فقط فى الحالة التى يقوم فيها هذا التصرف على إرادتين (وهو المجال الوحيد لاصطلاح العقد فى القانون المعاصر) ، بل أيضاً فى الحالة التى يقوم فيها على إرادة واحدة . وهكذا أضفى الفقه الإسلامى التقليدى وصف (العقد) ليس فقط على البيع أو الإيجار أو الشركة أو القسمة أو غيرها من التصرفات التى تقوم على توافق الإرادتين ، بل أضفوه أيضاً على الوصية والوقف والطلاق والعتق والإبراء من الدين ، وهى تصرفات تقوم على إرادة واحدة ، أو كما يقول الشرعيون : تصرفات تنعقد بالإيجاب وحده ، دون ما لزوم لأن يلحقه قبول . ولازال بعض من فقهاء الشريعة المعاصرين يسيرون على ما سار عليه أسلافهم ، فيرون عقداً فى كل تصرف قانونى ، حتى لو كان تصرفاً صادراً من جانب واحد [٣] .

بيد أن أغلب فقهاء الشريعة المعاصرين ، وربما يكونون فى ذلك قد

---

(١) والعقدة (بالضم) موضع العقد أو الربط ، وهو ما عقد عليه . ومن ذلك قوله جل شأنه : (ولاتعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله) . ومعنى ذلك أن الزواج من المطلقة لايحل حتى تنتهى عدتها .

(٢) فهناك فى الحقيقة عدد قليل من فقهاء الشريعة الأقدمين قصر العقد على التصرف الصادر من جانبين ، دون ذاك الناشئ من إرادة واحدة . ومن هؤلاء الدسوقى ، أحد فقهاء المالكية ، حيث يقول : « العقود هى ماتتوقف على إيجاب وقبول » . وبذلك خلص إلى أن الطلاق لايعتبر عقداً .

(٣) انظر فى ذلك أستاذنا المرحوم الشيخ أحمد إبراهيم فى مقاله (العقود والشروط والخيارات المنشور فى مجلة القانون والاقتصاد .

تأثروا بفقه القانون المعاصر . يقصرون اصطلاح (العقد) على التصرف القائم على إرادتين ، أى على إيجاب وقبول . دون ذلك الذى لايتطلب لقيامه إلا إرادة واحدة [١] . ولعل من أسبق هؤلاء الفقهاء الأستاذ الكبير أحمد قدرى باشا ، الذى جمع أحكام الشريعة الإسلامية المتعلقة بالمعاملات على المذهب الحنفى فى شكل التقنينات الحديثة . أى فى شكل مواد مركزة مسلسلة . على غرار ما جاءت به مجلة الأحكام العدلية أو المجلة [٢] بلا نعت ولاتخصيص ، وذلك فى مؤلفه الرائع الشهير « مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان » . فقد عرفت المادة ٢٦٢ من « مرشد الحيران » العقد بقولها « العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره فى المعقود عليه » . وهو نفس التعريف الذى قال به حرفياً القانون المدنى العراقى (المادة ٨٣) . ومن بعده قانون التجارة الكويتى الملغى (المادة ١٠٣) .

ومجلة الأحكام العدلية أو « المجلة » – وهى تقنين رسمى لأحكام الفقه الإسلامى على المذهب الحنفى أوجدته الدولة العثمانية فى عام ١٨٧٦ . وطبق فى الكثير من بلادنا العربية وإن لم يطبق فى مصر – لم تساير هى أيضاً الفقه الإسلامى التقليدى فى خصوص تعريف العقد . فقد قصرت العقد على التصرف القائم على توافق الإرادتين . وبلغة الفقه الإسلامى . على ارتباط الإيجاب بالقبول . فقد جاءت . فى المادة ١٠٣ منها . تقول : « العقد التزام المتعاقدين وعقدهما أمراً . وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول » .

---

(١) انظر على وجه الخصوص : على الخفيف ، أحكام المعاملات الشرعية ص ١٣٨ – محمد أبو زهرة ، الملكية ونظرية العقد ص ١٧١ – ١٧٣ .

(٢) على أنه يوجد بطبيعة الحال ثمة خلاف أساسى بين (المجلة) وبين (مرشد الحيران) . فالمجلة تقنين رسمى أى تشريع ضخم طبق بالفعل فور صدوره فى الجزء الأكبر من الامبراطورية العثمانية ، وإن كان قد كف اليوم عن التطبيق فى جميع البلاد التى كان يعمل فيها . وكان آخرها دولة الكويت ، حيث انتهى تطبيق المجلة فيها فى ٢٥ فبراير ١٩٨١ ، على إثر صدور قانونها المدنى . أما مرشد الحيران ، فهو مجرد تقنين غير رسمى أى أنه لايرتقى إلى مرتبة التشريع . فهو مجرد اجتهاد فقهى . فهو لم يطبق بصفة رسمية فى أى بلد .

يظهر مما سبق أنه يقصد باصطلاح (العقد) ، فى الفقه الإسلامى التقليدى كل حالة ينشأ فيها الأثر القانونى عن الإرادة ، سواء أكانت هذه الإرادة واحدة ، أم تعددت بأن توافقت مع إرادة أخرى ، وبعبارة الفقه الإسلامى نفسه ، يقوم العقد سواء أكان ركنه الإيجاب وحده ، أم كان ركنه الإيجاب والقبول معاً . وبهذا يتسع مدلول (العقد) فى الشرع الإسلامى التقليدى على الأقل ، عن مدلوله فى القانون المعاصر ، ليقابل فيه مدلول (التصرف القانونى) .

٢٦ ـ أساس العقـــد :

رأينا أن العقد هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر يرتبه القانون إعمالا له . ومن هذا التعريف يبين أن أساس العقد ، بمعنى الأمر الرئيسى الجوهرى فيه ، هو الإرادة المشتركة لعاقديه . فهذه الإرادة المشتركة هى التى تنشئ العقد وتقيمه ، كما أنها هى التى تحدد آثاره .

على أن دور الإرادة فى العقد ، وإن بقى إلى الآن أساسياً ، إلى أنه يسير فى اتجاه الاضمحلال والضعف . وذلك حتى بالنسبة إلى إنشاء العقد ، وليس فقط بالنسبة إلى تحديد آثاره . فقد أخذ القانون ، تمشياً مع النزعة الاشتراكية التى أخذت تتغلغل فى حنايا المجتمع الحديث ، يتدخل فى نظام العقد من حيث إنشائه ومن حيث آثاره على السواء . ففى بعض الأحيان ، نجد المشرع يلزم شخصاً معيناً بإبرام العقد مع آخر [1] ، كما هو الحال بالنسبة إلى بيع السلع المسعرة . ثم إنه فى أحيان أخرى كثيرة ، يتدخل فيحدد آثار العقد لمصلحة أحد طرفيه ضد الطرف الآخر ، كما هو الشأن على الأخص فى عقد العمل . بل إن القانون لم يعد يكتفى بأن يتدخل بذاته نفسه فى مجال العقود ، بالنسبة إلى إنشائها أو إلى ترتيب آثارها ، وإنما نراه

---

(١) وذلك إلى جانب القيد القديم الوارد على دور الإرادة المشتركة فى إنشاء العقود ، والمتمثل فى فرض المشرع على العاقدين شكلا معيناً يلتزمان ، فى بعض الأحيان ، باحترامه ، وإلا بطل عقدهما . وهذا هو شأن العقود الشكلية الذى سوف نعرض لها بعد قليل (راجع مايأتى نبذة / ٣١) .

يمنح القاضي ، في خصوصها ، سلطة لم تكن له في الماضي ، إلا في عهد البريتير الروماني ، وهي من بعد سلطة تتجاوز المألوف من صلاحيات القاضي ، ويبتغي بها القانون تخويله القدرة على تعديل آثار العقد . بل حتى إهدارها إذا اقتضت ذلك العدالة والمصلحة . وليس أبلغ هنا من أن نشير إلى سلطة القاضي في صدد عقود الإذعان (المادة ١٤٩ والمادة ١٥١ / ٢) . وإلى سلطته التي تثبت له إعمالا لنظرية الظروف الطارئة (المادة ١٤٧ / ٢) .

وإذا كان القانون يتدخل . بطريق مباشر أو غير مباشر في إنشاء العقود وفي تحديد آثارها ، فإنه يعمد بذلك إلى تقييد سلطان الإرادة في شأنها . والدلائل توحي بأن هذا التدخل من القانون . وبالتالي انكماش مبدأ سلطان الإرادة ، سيزدادان يوماً بعد يوم . حتى إنه يمكننا أن نقول بأننا نسير رويداً رويداً نحو نظام العقد الموجه contrat dirigé . ولا نريد أن نقول ، كما ذهب البعض من الفقهاء ، نحو العقد الواجب[1] Contat forcé.

ولأهمية دور الإرادة في العقد ، ومدى القيود التي تتوالى على سلطانها في خصوصه . نلجأ إلى شيء من التفصيل ، وذلك فيما يلي :

٢٧ — سلطان الإرادة في العقود :

الإرادة كما رأينا . أساس التصرف القانوني ، فهي التي تنشئه ، وهي التي تحدد أثره . والقاعدة العامة أن الإرادة سيدة موفورة السلطان في هذا المجال وفي ذاك .

فالأصل أن الإرادة ، حينما تنشئ التصرف القانوني ، تعمل متحررة من القيود التي تستلزم ورودها في شكل أو في آخر . فيكفي في ذلك أن يعبر الشخص عن إرادته . بإبرازها إلى العالم الخارجي الملموس . دون ما ضرورة لمجيء هذا التعبير في صيغة معينة أو في قالب محدود أو في شكل خاص . فسواء

---

(١) راجع في ذلك :

Josserand, Le contrat forcé et le contrat légal, Dalloz Heb.ch. 5 — Josserand, Aperçu gén. des tendances actuelles de la théorie du contrat.

أن يعبر الشخص عن إرادته فى إنشاء تصرف ما باللفظ أم بالكتابة أم بالإشارة أم باتخاذ أى موقف آخر يدل على حقيقة مقصوده (المادة ٩٠).

ولايقتصر الأمر فى سلطان الإرادة على كفايتها فى إنشاء التصرف القانونى ، دون تحتيم مجيئها فى شكل أو فى آخر . بل إن الأصل كذلك أنها حرة فى تحديد أثر هذا التصرف بالنسبة إلى صاحبها . فالقاعدة ، مثلا ، أن الإرادة المشتركة للبائع والمشترى حرة موفورة السلطان بالنسبة إلى تحديد آثار البيع بينهما .

من هنا وهناك أتى المبـــدأ الأساسى الذى لازال يسود التصرفات القانونية الداخلة فى رحاب القانون الخاص . وهو مبدأ سلطان الإرادة principe de l'autonomie de la volonté . ومؤدى هذا المبدأ ، كما بينا ، أن الإرادة ، من ناحية ، كافية بذاتها لإنشاء التصرف القانونى ، دون ما ضرورة تحتم ورود التعبير عنها فى صورة معينة أو فى شكل خاص . وأنها ، من ناحية أخرى ، سيدة فى تحديد آثار التصرف الذى تجريه . وإن كان ذلك فى الحدود التى لاتمس الغير بطبيعة الحال .

ولم يصل مبدأ سلطان الإرادة إلى الشرائع المستمدة من القانون الرومانى إلا بعد تطور جد طويل ، وذلك ، على الأخص ، بالنسبة إلى شطره الأول الخاص بكفاية الإرادة فى ذاتها لإنشاء التصرف ، دون ضرورة مجيئه فى شكل أو فى آخر .

فنى القانون الرومانى القديم ، لم تكن الإرادة بذاتها كافية لإنشاء التصرف القانونى . بل كان يلزم لذلك أن يجئ التعبير عنها فى شكل من الأشكال التى كان يحددها القانون على سبيل الحصر [1] . من هنا جاءت

(١) والأشكال التى كان يحددها القانون الرومانى ، بالنسبة للتصرفات المولدة للحقوق الشخصية ثلاثة ، هى الآتية :

١ — عقد الاستدانة nexum ، وهو عقد يتم بالسبيكة والميزان .

٢ — العقد الشفوى verbis ، ويتم بصيغة شفهية تتضمن سؤالا موجهاً من الدائن للمدين عن قبوله التعهد وجواباً موافقاً من هذا الأخير .

٣ — العقد الكتابى litteris ، ويتم بقيام المدين بقيد الدين فى سجل الدائن .

القاعدة الرومانية القديمة التي كانت تقضي بأن الاتفاق المجرد عن الشكل لاينشيء حقاً ولا يولد دعوى ex nudo pacto actio non nascitur

بل إن القول بأن الإرادة ، معبراً عنها في الشكل الرسمي ، هي التي تنشيء التصرف في القانون الروماني ؛ هذا القول ، فيه تجوز ليس بقليل . ففي الحقيقة الأمر الذي كان ينشئ التصرف ، في ظل تلك الشريعة ، هو اتباع طرفيه أحد الأشكال الرسمية ، حتى لو كانت إرادتهما في إنشائه معدومة أو معيبة أو مبنية على سبب غير مشروع . فإذا تعهد شخص ، مثلا ، بدين عليه لآخر في أحد الأشكال المحددة ، نشأ التصرف صحيحاً ، وتولد عنه الحق للدائن ، حتى إذا كان المدين في تعهده هازلا غير جاد ، أو كانت إرادته مشوبة بغلط أو إكراه أو تدليس ، أو كان السبب الذي دفعه إلى التعاقد معدوماً أو غير مشروع [1] . من هنا يمكن القول بأن المبدأ الذي كان يسود القانون الروماني ، لاسيما في عهده القديم ، ليس هو سلطان الإرادة ، بل سلطان الشكل .

وكان طبيعياً أن يتأذى الرومان من تمسكهم بأهداب الشكل إلى الحد المروع الذي وصلوا إليه . فمن شأنه أن يعرقل المعاملات ويقف عقبة في سبيل ازدهار التجارة . وكلما ازداد الرومان حضارة ، كلما استشعروا الحرج أكثر وأكثر .

ولذلك عمد الرومان تدريجاً إلى التحرر من ربقة الشكل . وإن لم يكن التطور قد انتهى بهم ، في هذا السبيل إلى نهاية المطاف ، إلا أنهم ساروا فيه شوطاً بعيداً ، حتى أنهم وصلوا ، في آخر مراحل القانون الروماني ، إلى تقرير رضائية أهم العقود المتداولة بينهم ، وهي البيع والإيجار والوكالة والشركة ؛ بمعنى أن مجرد تبادل الرضاء كان يكفي لقيامها ، دون حاجة

---

(١) انظر في هذا المعنى : محمود أبو عافية ، التصرف القانوني المجرد ، رسالة دكتوراه مقدمة إلى جامعة القاهرة سنة ١٩٤٦ . وانظر أيضاً : عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد نبذة ٩٠ .

إلى اتباع شكل خاص [١] .

وواصل مبدأ رضائية العقود سيره ، بعد زوال الدولة الرومانية ، ووجد فى العصور الوسطى أكبر العون من الكنيسة ، التى مافتئت تنادى بضرورة احترام العهود والمواثيق . على أن هذا المبدأ وصل إلى ذروة مجده فى القرون الثلاثة الأخيرة ، أى ابتداء من القرن السابع عشر إلى أواخر القرن التاسع عشر . ويرجع ازدهاره فى هذه الحقبة من الزمن إلى تفشى المذهب الفردى خلالها . فهذا المذهب يقوم ، كما نعلم [٢] ، على تبجيل الفرد واعتباره محور القانون وأساسه . وهو إن بجل الفرد ، فإنه يبجل فيه بالضرورة كل مقوماته ومظاهر حياته . فهو يبجل فيه حياته وحريته وحقوقه وتفكيره وإرادته . ومن هنا ساد مبدأ سلطان الإرادة . فادام الإنسان حراً فى نفسه وفى تفكيره ، فإن هذا المنطق يؤدى به إلى أن يكون حراً فى إرادته ، بمعنى أن يكون لتلك الإرادة بذاتها أن تقرر ، بالنسبة إلى صاحبها ، الأثر القانونى الذى تراه . وقد أبرز هذه الفكرة Domat ، وهو من أشهر فقهاء القانون الفرنسى القديم ، بقوله : « إذا تمت الاتفاقات ، فكل ما اتفق عليه فيها يقوم مقام القانون بالنسبة إلى عاقديها » . ولم ير واضعو مجموعة نابليون فى فرنسا ، لتسجيل مبدأ سلطان الإرادة ، أفضل من تبنى عبارة Damat السابقة ، فضمنوها المادة ١١٣٤ ، التى جاءت تقول

---

(١) وإلى جانب تقرير رضائية عقود البيع والإيجار والوكالة والشركة ، وصل الرومان ، فى سبيل تحررهم من سطوة الشكل ، إلى تقرير صحة نوعين آخرين من العقود ، هما الآتيان :

١ - العقود العينية in rei كعقود القرض والوديعة والعارية ، وهى عقود تقوم صحيحة ، دون حاجة إلى اتباع شكل خاص ، بشرط تسليم الشئ موضوع التصرف ، كمبلغ القرض والشئ المودع أو المعار .

٢ — العقود غير المسماة أو غير المعينة . وهذه عبارة تفيد ، فى لغة الرومان ، بعض عقود محددة وصل الرومان إلى تقرير صحتها ونفاذها ، برغم عدم اتخاذها الشكل القانونى المرسوم لها ، وذلك بشرط قيام أحد عاقديها بتنفيذ التزامه ، إذ كان يحق لهذا العاقد أن يطالب العاقد الآخر بتنفيذ التزامه بدوره .

(٢) انظر مؤلفنا : نظرية القانون ، نبذة ١٢ .

« الاتفاقات المبرمة بطريقة صحيحة تقوم مقام القانون بالنسبة إلى عاقديها » [١] .

هكذا تتوج مبدأ سلطان الإرادة بتسجيله فى مجموعة نابليون . باعتباره أحد الأسس الكبرى التى تقوم عليها هذه المجموعة . وكان طبيعياً أن يجد هذا المبدأ صدى قوياً فى قانوننا المدنى القديم . الذى وضع فى مستهل الربع الأخير من القرن الماضى ، وهو قانون منقول فى مجموعه عن مدونة نابليون .

هكذا وصل مبدأ سلطان الإرادة إلى ذروة مجده فى فرنسا وفى مصر . إلا أنه أخذ يتقلص وينتكس ، ابتداء من القرن العشرين ، تحت تأثير المبادئ الاشتراكية التى أخذت تتغلغل بسرعة فى حنايا المجتمع الحديث .

فإذا كان مبدأ سلطان الإرادة نتيجة طبيعية وملازمة للنزعة الفردية . التى تقدس إرادة الفرد وتقرر لها السيادة موفورة كاملة . إلا أنه لايتفق تماماً مع النزعة الاشتراكية . فأساس الاشتراكية صالح الجماعة لا الفرد . وهى لذلك تعمل ، من ناحية ، على منع تسلط القوى على الضعيف ، عن طريق تقييد إرادة الأول لصالح الثانى ، حتى تصل بهذا ، فى التصرفات القانونية ، إلى شئ من المساواة الفعلية بين عاقديها . ومن ناحية أخرى ، تؤدى النزعة الاشتراكية إلى تقييد إرادة الشخص فى إنشاء التصرف القانونى وفى تحديد أثره ، إذا تطلب ذلك صالح الجماعة بطريق مباشر . من هنا وهناك توالت القيود على مبدأ سلطان الإرادة مستهدفة ، كما سبق لنا أن أجملنا ، أمرين ، هما الآتيان :

الأول : حماية الجانب الضعيف فى التصرف القانونى . وفى هذا المجال يقيد القانون إرادة الجانب القوى بالشكل الذى يمنع به تسلطه على الجانب الضعيف . وأبلغ مثال لذلك فى قانوننا المصرى عقود الإيجار المتعلقة

---

(١) «Les conventions légalement formées tiennent lieu de la loi à ceux qui les ont faites».

بالأراضى الزراعية . وتلك المتعلقة بالأماكن . فإلى عهد قريب ، كان للأشخاص كامل الحرية فى أن يؤجروا أماكنهم وأراضيهم بالأجرة التى يريدونها وللمدة التى يشاؤنها . مادام مستأجروهم يرتضون شروطهم . ثم تدخل مشرعنا فى الأمر . رغبة منه فى التيسير على الناس فى الحصول على مأوى يأويهم وعلى مورد يمكن لهم أن يستمدوا منه رزقهم . فحد من حرية الملاك . وفرض عليهم أجرة لايستطيعون تجاوزها . ومنح للمستأجرين منهم الحق فى امتداد إجاراتهم إلى الفترة التى يريدونها هم . طالما ظلوا يوفون بالتزاماتهم . ومن أمثلة القيود الواردة على مبدأ سلطان الإرادة حماية للجانب الضعيف أيضاً مانراه فى عقد العمل . حيث يقيد القانون إلى حد بالغ من حرية رب العمل فى وضع شروط هذا العقد وإنهائه . ومن هذه الأمثلة كذلك عقود الإدعان . وهى تلك التى يضع أحد طرفيها شروطها ولايقبل مناقشة فيها . ويقتصر دور طرفها الآخر على مجرد التسليم بهذه الشروط (المادة ١٠٠) . كعقود النقل العام بالطائرات والسفن وعقود التأمين : ففى هذه العقود . حد القانون من حرية الطرف القوى . وهو الطرف الذى يملى شروط العقد . لصالح الطرف الضعيف وهو الطرف المذعن . بأن يمنح القاضى سلطة تعديل الشروط التعسفية التى قد يشملها العقد أو أن يعفى الطرف المذعن منها . وفقاً لما تقتضيه العدالة (المادة ١٤٩) .

الثانى : حماية صالح الجماعة . وفى هذا المجال . يعمد القانون إلى الحد من دور الإرادة فى ترتيب الآثار القانونية للتصرفات . ابتغاء وجه الصالح العام بطريق مباشر [١] ، ومن أبرز الأمثلة فى هذا الصدد مايقضى به قانون الشهر العقارى (المادة ٩) من أن الملكية وغيرها من الحقوق العينية العقارية لاتنتقل ولاتتغير ولاتزول . نتيجة التصرفات التى تبرم بين الأشخاص .

(١) ومن الحق أن نلاحظ هنا أن حماية الجانب الضعيف فى المعاملات تستهدف بدورها الصالح العام ، الذى يقوم بالضرورة على التضامن الاجتماعى بين الناس وتوفير المساواة الفعلية بينهم بقدر الإمكان . إلا أننا نصل بتلك الحماية إلى توفير الصالح العام بطريق غير مباشر . فى حين أن الحد من سلطان الإرادة فى المجال الذى نحن بصدد دراسته هنا يستهدف توفير صالح الجماعة بطريق مباشر .

إلا بشهر هذه التصرفات بالتسجيل أو بالقيد . على حسب الأحوال . فعقد البيع ، مثلا ، لم يعد ينقل الملكية العقارية من البائع إلى المشترى ، حتى فيما بينهما ، بمجرد إبرامه . ولو أرادا هما غير ذلك . بل يلزم ، لحصول هذا الانتقال ، أن يسجل عقد البيع . فهنا يحد القانون من سلطان إرادة المتعاقدين ، حتى يوفر للغير الثقة والائتمان فى شأن العقارات .

هكذا أخذت القيود تتوالى على مبدأ سلطان الإرادة . . وهى تتزايد يوماً بعد يوم . وإن كانت هذه القيود لم تصل بعد إلى حد إهدار ذلك المبدأ ، قانعة بأن تقيد بعض الشىء من إطلاقه وبأن ترد استثناء عليه ، إلا أنها توحى بأننا نسير فى اتجاه مبدأ آخر ، هو مبدأ التصرف الموجه acte dirigé ، أى التصرف الذى يحدد القانون أهم شروطه ، ولايكون للأشخاص إلا أن يرتضوه بها أو لايرتضوه ، دون أن تكون لإرادتهم أن تعدل منها .

٢٨ — القيود التى تحد من سلطان الإرادة :

تبينا فيما سبق أن القيود أخذت تتوالى على مبدأ سلطان الإرادة . وإذ تعذر علينا حصر هذه القيود ، إلا أنه يمكننا ردها إلى نوعين أساسيين ، هما الآتيان :

الأول : قيود ترد على المبدأ فى شطره الأول ، أى ترد عليه من حيث أنه يقرر كفاية الإرادة فى ذاتها لإنشاء التصرف القانونى ، دون ضرورة تحتم مجيئها فى شكل أو فى آخر . ومن شأن هذه القيود أن تجعل بعض التصرفات شكلية ، بمعنى أنه يلزم لقيامها أن تبرم فى الشكل المحدد الذى الذى يرسمه القانون . فالقاعدة العامة أن التصرفات رضائية ، بمعنى أن توافر الرضاء بها يكفى لقيامها ، أياً ماكانت طريقة التعبير عن الإرادة . والأغلبية الكبرى من التصرفات من هذا النوع ، كالبيع والإيجار والوكالة والقرض والوديعة والعارية . واستثناء من قاعدة رضائية التصرفات ، توجد هناك قلة من التصرفات تتميز بأنه مجرد الرضاء بها لايكفى لقيامها ،

وإنما يلزم لذلك أن يجئ هذا الرضاء فى شكل محدد يرسمه القانون . ولذلك تسمى هذه التصرفات بالتصرفات الشكلية ، تمييزاً لها عن التصرفات الرضائية.

وسمة التصرفات الشكلية أن الشكل ركن لازم لانعقادها ، بمعنى أنها إذا لم تبرم فى الشكل الذى يحدده القانون ، وقعت باطلة بطلاناً مطلقاً ، وماانتج عنها أى أثر . ولكن ليس معنى هذا أن الشكل يغنى فيها عن الإرادة ، كما كان الحال قديماً عند الرومان [1] . بل يلزم لقيامها توافر الأمرين معاً ، الرضاء والشكلية ، فلا يغنى أحدهما عن الآخر [2] .

والأشكال التى يرسمها القانون للتصرفات الشكلية ليست كلها من نوع واحد . وهى تتراوح فى مجموعها بين الكتابة العادية وبين إبرام التصرف بوساطة موظف رسمى مختص يناط به توثيق التصرفات ، وهذا مايطلق عليه « الرسمية » .

فهناك بعض تصرفات يستلزم القانون لقيامها تدوينها فى محرر مكتوب ومن هذه التصرفات عقد الشركة . حيث تقضى المادة ٥٠٧ مدنى بأنه : « ١ — يجب أن يكون عقد الشركة مكتوباً وإلا كان باطلا . . » . ومن هذه التصرفات أيضاً عقد إنشاء ملكية الأسرة (المادة ٨٥١) . وعقد تقرير المرتب مدى الحياة (المادة ٧٤٣) . والتصرف الذى بمقتضاه ينقل المؤلف لغيره حق استغلال مؤلفه (المادة ٣٧ من قانون حماية حق المؤلف) .

وهناك تصرفات أخرى لا يكتفى القانون فيها بمجرد الكتابة العادية ، بل يستلزم تدوينها فى ورقة رسمية . ويقصد بالورقة الرسمية تلك التى يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم على يديه أو ما تلقاه من ذوى الشأن . وذلك طبقاً للأوضاع القانونية وفى حدود سلطته واختصاصه

---

(١) انظر ماسبق ، نبذة ١٦ .

(٢) وسوف نعود مرة ثانية إلى هذا الأمر عند تناول العقود الشكلية . أنظر ماسيجى ، نبذة ٣١ .

(المادة ١٠ / ١ من قانون الإثبات) . وأهم التصرفات التى تستلزم فيها الرسمية هى الهبة [1] وعقد الرهن الرسمى .

ويلاحظ أن الرسمية تتضمن بالضرورة تدوين التصرف فى محرر مكتوب . ومن ثم فأى تصرف يستلزم فيه القانون الكتابة العادية . يمكن إبرامه فى الشكل الرسمى .

الثانى : النوع الثانى من القيود التى ترد على مبدأ سلطان الإرادة يلحق هذا المبدأ فى شطره الثانى الخاص بسيادة الإرادة فى ترتيب الآثار التى تتولد عن التصرف . وتتميز هذه القيود بأنها تتجه إلى موضوع التصرف لا إلى شكله. فإذا كانت القاعدة العامة التى تسود القانون الخاص هى أن الإرادة موفورة السلطان فى ترتيب الآثار التى تشاؤها . إلا أن القانون يحد من سلطانها هذا فى كثير من الأحيان . ابتغاء وجه الصالح العام . وترتد هذه القيود أساساً إلى فكرة حماية الجانب الضعيف فى العقد . ابتغاء توفير شىء من العدالة فى العقود ورفع العنت والحرج .

٢٩ — نطاق العقد :

تبينا فيما سبق أن العقد هو توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانونى يرتبه القانون إعمالا له . ولكن هل كل توافق من هذا النوع يعتبر عقداً . أم أنه لايكون كذلك إلا فى دائرة خاصة ونطاق محدد ؟

يسير اتجاه فى الفقه نحو التضييق من نطاق العقد أو دائرته . وقد تعددت الحدود التى قيل بها فى هذا الصدد .

وأول تلك الحدود قصر نطاق العقد على العلاقات التى تدخل فى رحاب القانون الخاص . دون تلك الداخلة فى رحاب القانون العام . ويؤدى هذا النظر إلى استبعاد فكرة العقد عن الاتفاقات أو المعاهدات التى تعقدها الدول

(١) على أن الرسمية لاتستلزم فى الهبة إلا إذا جاءت سافرة ، بمعنى أنها لم تأت مستورة فى صورة عقد من عقود المعاوضات كالبيع ، ولم تكن واردة على منقول وتمت بإقباضه (المادة ٤٨٨) .

بينها وبين بعض ، تنظيماً لشئونها . وهو يؤدى كذلك إلى استبعاد فكرة العقد عن الاتفاقات التى تبرمها الدولة وفروعها ، باعتبارها صاحبة السيادة والسلطان ، مع الأفراد ، كاتفاقات تولى الوظائف العامة والتزامات المرافق العامة التى تمنح الدولة وفروعها بمقتضاها إدارة مرفق عام لفرد أو شركة .

ولم يقف الأمر عند قصر نطاق العقد على علاقات القانون الخاص دون القانون العام ، بل إن بعض الفقهاء قالوا بالتضييق من هذا النطاق ، حتى فى مجال القانون الخاص نفسه ، فجعلوه مقصوراً على المعاملات المالية ، دون الأحوال الشخصية . ووفقاً لهذا النظر ، لايعتبر الزواج ، مثلا ، عقداً ؛ وإنما هو نظام أو وضع قانونى . وأساس هذا النظر أن الاتفاقات التى تتناول الأحوال الشخصية ، كالزواج ، لاتولد حقوقاً مالية . الأمر الذى يبعدها عن مجال العقد .

بل إن الأمر لم يقف عند ماسبق . فأخذ بعض الفقهاء يعمدون إلى التضييق من دائرة العقد حتى فى مجال الأحوال العينية أو المعاملات المالية نفسها . وقد تعددت فى ذلك الأساليب . فمن قائل بأن الاتفاق الذى يعتبر عقداً هو ذاك الذى تسوده المساواة بين طرفيه ، بالنسبة إلى إبرامه ، بمعنى أن يكون لكل منهما أن يناقش شروط الطرف الآخر . أما إذا لم تتوافر تلك المساواة ، وكان لأحد الطرفين أن يملى شروط العقد . ولايكون للآخر إلا أن يقبلها أو لايقبلها دون مناقشتها ، فإننا لانكون بصدد عقد . وواضح أن هذا النظر يبعد عقود الإذعان عن نطاق العقد . وقيل أيضاً بأن الاتفاق لايعتبر عقداً ، إلا إذا قام على تنظيم مصالح متعارضة ، كما هى الحال فى البيع والإيجار ، حيث تتعارض مصالح كل من البائع والمشترى أو المؤجر والمستأجر . أما إذا قام الاتفاق على تنظيم مصالح متوافقة ، كما هى الحال فى الشركة ، فلايعتبر عقداً .

هذه هى أهم القيود التى أريد بها تضييق دائرة العقد أو نطاقه . ويلاحظ أن من بينها ما لا أساس له أصلا . ونعنى بذلك القيود التى من شأنها أن تخرج

من دائرة العقد الاتفاقات التي تتعلق بأمر يدخل في الأحوال العينية أو المعاملات . فلاأساس لرفع صفة العقد عن عقود الإذعان . بل هي تعتبر عقوداً بالمعنى الكامل لهذا اللفظ . ولايحول دون هذا الاعتبار تسلط إرادة أحد الطرفين على إرادة الطرف الآخر ، وإن أدى هذا التسلط بالمشرع إلى أن يقرر لعقود الإذعان أحكاماً تختلف بعض الشيء عن تلك التي تخضع لها العقود بوجه عام ، وتستهدف التخفيف على الطرف المذعن والرحمة به على نحو ما سوف نبينه في حينه [1] . فلايلزم إطلاقاً ، لإضفاء وصف العقد على التصرف ، أن يكون طرفاه على قدم المساواة من حيث قوة وضع شروطه والمساومة بشأنها . إذ أن كل مايجب لذلك هو أن يرتضي الطرفان شروط العقد ، حتى لو كان أحدهما في رضائه به يرضخ ويذعن لإرادة الآخر .

وكما أنه لا أساس للقيد الذي يبعد عقود الإذعان عن نطاق العقد . فلاأساس أيضاً لذاك الذي من شأنه أن يخرج عنه الاتفاقات التي تقوم على المصالح المتوائمة المتوافقة . فالعقد يقوم إذا توافقت إراداتان أو أكثر على إحداث أثر قانوني ، وسيان بعد ذلك أن تتفق مصالح ذوي الشأن أو تتعارض .

أما القيود التي من شأنها أن تقصر نطاق العقد على المعاملات المالية في القانون الخاص ، دون الأحوال الشخصية والعلاقات التي ينظمها القانون العام ، فهي على شيء من الصحة ليس بقليل . فالخلاف جوهري بين أثر الإرادة ، التي هي قوام العقد وأساسه ، في الاتفاقات التي تنظم العلاقات المالية من ناحية ، وفي تلك التي تتعلق بالأحوال الشخصية وعلاقات القانون العام من ناحية أخرى . فبالنسبة إلى الاتفاقات الأولى ، نجد أثر الإرادة لازال قوياً ، بالنسبة إلى إنشائها وتحـــديد آثارها على السواء . أما بالنسبة إلى الاتفاقات الثانية ، فنجد دور الإرادة جد محدود ، فهو يكاد يقتصر على ذات قيامها ، دون تحديد آثارها ، التي يتولاها القانون بنفسه . ولكن هذا الخلاف الجوهري في أثر الإرادة لايصل إلى رفع صفة العقد بالكلية عن

(١) راجع ماسيجي ، نبذة ٩٩ ومابعدها .

اتفاقات الأحوال الشخصية والقانون العام . فإن كان القانون هو الذى يتولى بنفسه تحديد آثارها . فالإرادة هى التى تنشئها . كل مافى الأمر أن هذه الاتفاقات تعتبر عقوداً من طبيعة خاصة متميزة عن عقود المعاملات المالية فى الكثير من أحكامها . وإن اشتركت معها فى الكثير من أحكامها أيضاً . الأمر الذى يمكننا معه أن نقول إنها تتمثل مزيجاً من فكرة العقد وفكرة النظام القانونى .

بخلاصة كل ماسبق أن نطاق العقد يشمل كل الاتفاقات المتعلقة بالمعاملات المالية . وهى التى يطلق عليها فى العادة الأحوال العينية Statut réel . بل إنه يشمل أيضاً . وإن كان ذلك فى حـــدود مرسومة ضيقة النطاق . الاتفاقات المتعلقة بالأحوال الشخصية . وتلك التى تقوم فى خصوص علاقات القانون العام . وعلى أية حال . فنحن . إذ نتكلم هنا عن العقد باعتباره مصدراً للالتزامات . فإننا نتناوله بصفة أساسية فى مجال المعاملات المالية .

٢٩ مكرر — أهميـــة نظام العقد :

العقد نظام فذ وعملاق من أنظمة القانون . بل هو . بعد القانون نفسه . أهم الأنظمة التى تستظل بظله . فالعقد يلعب الدور الأساس الأعظم فى دنيا المال بين الناس . وهو أكثر أنظمة القانون شيوعاً فى حياتهم . إذ أن الفرد منا . حتى فى حياته العادية . يبرم مع غيره العقد . فى اليوم الواحد . مرات ومرات .

وإذا نظرنا إلى العقد فى مجاله الطبيعى . وهو المال . وجدناه يتمثل المصدر الأساسى الغالب لنشأة الحقوق والالتزامات . بغض النظر عن طبيعة الحق . عينياً كان أم شخصياً . ويكفينا . للتدليل على دلك ، أن نذكر نوعاً واحداً من العقود . ألا وهو عقد البيع ، الذى هو بلا شك أكثر الوسائل شيوعاً فى دنيا المعاملات .

ونظام العقد ، على جليل خطره فى مجال المال . لايقف عند حدوده . فهو يتجاوز حدود المال إلى غيره من الكثير من مظاهر الحياة . فهو ، مثلا ، السبيل إلى إنشاء هذا الرباط المقدس بين الرجل والمرأة فى الزواج ، وإن

كانت صفة العقدية فى الزواج تتخفف إلى حد كبير بمخالطتها لفكرة النظامية فيه . بل إن دور العقد لايقف عند معاملات الناس ، مالية كانت أم إنسانية ، وإنما يتجاوزها إلى علاقات الدول نفسها فيما بينها وبين بعض . فكثيراً ماتلجأ الدول إلى تنظيم شئونها فيما بينها عن طريق اتفاقات أو عقود تبرمها ، ثنائية كانت أم جماعية ، وهى التى يغلب أن تسمى بالاتفاقات أو المعاهدات .

وإذ نقصر الكلام هنا على أهمية نظام العقد فى مجال الالتزامات ، نجده يتمثل المصدر الغالب لنشأتها . فهو ينشئ وحده ، فى واقع حياة الناس ، الأغلبية الكبرى من الالتزامات ، بحيث إن مصادر الالتزام الأخرى ، كلها مجتمعة ، لاتتناسب معه بمفرده فى الأهمية .

وإذا كان للعقد أهميته القصوى من حيث إنه يتمثل المصدر الغالب لنشأة الالتزامات ، فهو لايقنع بهذا الدور ، على عظم شأنه . فهو إلى جانب إنشاء الالتزام ، نجده كثيراً مايتخذ وسيلة لتعديل التزام قائم . كما أنه قد يتخذ أداة لنقل الالتزامات ، سواء أكان هذا النقل إيجابياً أى بين الدائن الأصلى إلى دائن آخر (حوالة الحق) ، أم سلبياً أى من المدين الأصلى إلى مدين آخر يتحمل بالالتزام مكانه (حوالة الدين) . ثم إنه قد يتخذ سبيلا إلى إنهاء التزام موجود ، كما هى الحال فى الوفاء .

وإذا كنا نتناول هنا نظام العقد ، ونحن بصدد دراسة مصادر الالتزام ، متبعين فيه النهج الذى سار القانون المدنى نفسه عليه ، فماذلك إلا لأن دور العقد فى إنشاء الالتزام ، بل والحقوق المالية بوجه عام ، هو أبرز أدواره وأهمها . فليس معنى تناولنا نظام العقد ، ونحن فى مجال دراسة مصادر الالتزام ، بل وليس معنى إيراد القانون نفسه أحكام العقد فى الباب المخصص لمصادر الالتزام ، ليس معنى ذلك كله أن الأحكام التى أوردها القانون فى شأن العقد بوجه عام ، والتى نتناولها نحن هنا بالدراسة ، لاتطبق إلا فى خصوص إنشاء الالتزام ، بل أنها تلزمه فى شتى مجالات إعماله دون تفريق .

وغنى عن البيان أن من العقود نوعيات عديدة تستعصى على الحصر

والبيان . فمنها البيع والإيجار والشركة والوكالة والكفالة والرهن والوديعة والعارية والتأمين . وغير ذلك جد كثير لايتناهى . ونحن هنا لانتناول دراسة عقد بعينه . وإنما نتناول الأحكام العامة الأساسية المشتركة للعقود بوجه عام . أى أننا نعالج العقد فى إطار نظرية عامة . وهو ذات النهج الذى التزمه المشرع فى بيان أحكام العقد بوجه عام فى الباب الذى أفرده لمصادر الالتزام .

فالمشرع يتناول العقود فى مجالين مختلفين : فهو يبدأ . فى الباب المخصص لمصادر الالتزام . ببيان أحكام العقد بوجه عام [١] . أى أنه يتناوله فى إطار نظرية عامة تتضمن القواعد الأساسية العامة للعقود دون تخصيص . ثم يعود بعد ذلك ليبين الأحكام الخاصة ببعض العقود التى يتلمس أهميتها من حيث مدى مايثار بشأنها بين الناس من منازعات . كالبيع والإيجار والهبة ونحوها ، وهى التى يطلق عليها العقود المسماة [٢] .

وقيام المشرع بوضع أحكام للعقد بوجه عام . أو أحكام نظرية العقد . من الأهمية . بحيث لاتخفى على أحد . ففضلا عن تمشيه مع مقتضيات العصر من التأصيل والتركيز . فهو يغنى من مئونة التكرار عند عرض أحكام العقود المسماة . بالنسبة إلى ماهو مشترك بينها . ثم إن من شأن ذلك أن يتيح للقاضى أن يجد الحكم القانونى فى صدد العقود التى لايتناولها المشرع بالتنظيم الخاص . وهى مايطلق عليها العقود غير المسماة أو غير المعينة .

والأحكام التى يتضمنها القانون فى مجال نظرية العقد . اعتباراً بأنها ترسى الأسس العامة المشتركة . تسرى على العقود المالية كلها . مدنية كانت أم تجارية . أم حتى غيرها ، وسواء أكانت هذه العقود مسماة أو غير مسماة . وذلك مالم يقض القانون فى شأن عقد معلوم . بحكم معين يخصه به .

---

(١) وهذا مايفعله القانون المدنى المصرى فى الفصل الأول المعنون « العقد » من الباب الأول المعنون « مصادر الالتزام » من الكتاب الأول المعنون « الالتزامات بوجه عام » من القسم الأول المعنون « الالتزامات أو الحقوق الشخصية » .

(٢) ويفعل المشرع ذلك فى الكتاب الثانى المعنون « العقود المسماة » من القسم الأول .

أو اقتضته طبيعة هذا العقد . وهذا أمر بين واضح [١] لم ير المشرع ثمة ضرورة لأن يصرح به فى نص خاص [٢] .

٣٠ – تقسيمات العقود :

العقود ليست كلها من صنف واحد . فهى تتنوع وتختلف . بل هى فى تنوعها واختلافها لاينتظمها تقسيم واحد ، وإنما ترد عليها تقسيمات كثيرة . فكلما نظرنا إلى العقود من زاوية معينة ووفقاً لأساس محدد . رأيناها تتغاير وتتشكل فصائل وطوائف .

ولبيان تقسيمات العقود أهمية كبرى . فالعقود فى عددها لاتتناهى ولايشملها الحصر . وهى على كثرتها لاتقف عند حد معين ؛ بل يظهر منها فى كل يوم جديد . وما ذلك إلا لأن للإرادة أن تنشىء من العقود ماتريد . تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة . وإذا استعصت العقود على الحصر . فلا أقل من أن نجمع كل مايتشابه منها فى فصيلة خاصة . حتى نتبين القواعد الأساسية التى تحكم كل فصيلة .

ولكثرة تقسيمات العقود ، لانتناولها كلها . بل نجتزئ بالمهم منها . وسنتناول : فيما يلى أهم تلك التقسيمات .

٣٠ مكرر – العقود المسماة وغير المسماة :

تنقسم العقود ، بالنسبة إلى بيان القانون أحكامها الخاصة أوسكوته عن ذلك ، إلى عقود مسماة أو معينة contracts només ، وعقود غير مسماة

---

(١) وقد قنن المشرع الفرنسى هذا الأمر فى المادة ١١٠٧ من مدونة نابليون ، وسايرته فى ذلك بعض التقنينات الأخرى ، كالقانون الإيطالى (المادة ١١٠٥) والقانون اللبنانى (المادة ١٧٥) ، ومشروع القانون الفرنسى الإيطالى (المادة ٩) والقانون المدنى العراقى (المادة ٧٦) وأخيراً القانون المدنى الأردنى (المادة ٨٩) .

(٢) وقد تضمن المشروع التمهيدى ، فى المادة ١٢٣ منه ، نصاً يصرح بسريان أحكام نظرية العقد على كافة العقود المدنية ، مالم يرد فى شأن عقد معين حكم خاص به ، وبسريان أحكام القانون التجارى على العقود التجارية . ولم يرد *هذا النص فى القانون* ، إذ أنه حذف لعدم الحاجة إليه . وذاك أمر محمود . إذ أن الحكم يبلغ فى وضوحه إلى حد أن تقتنيه يتمثل نافلة .

أو غير معينة (١) contrats innomés

فلا حد للصور التى يمكن للعقود أن تتخذها ، إذ هى تختلف باختلاف الأمور التى يرد عليها توافق الإرادتين . وماهذا إلا نتيجة لمبدأ سلطان الإرادة . فما دام النظام العام للدولة لايعتدى عليه . فإن للأفراد الحرية كاملة فى أن ينظموا شئونهم بالشكل الذى يريدون . ومن هنا كانت العقود ، بحسب موضوعها ، لاتتناهى ولاتقع تحت حصر (٢) . وبالتالى استحال على

(١) ويجب عدم الخلط بين المعنى الذى تفيده عبارة « العقود غير المعينة أو غير المسماة » فى لغة القانون المعاصر ، وبين المعنى الذى كانت تفيده هذه العبارة فى لغة القانون الرومانى . فقد كان هذه العبارة عند الرومان معنى جد مختلف عن المعنى الذى نفهمه منها الآن ، والذى بيناه فى المتن . فعبارة « العقود غير المسماة أو غير المعينة contrats innomés » كانت تفيد فى لغة الرومان طائفة من العقود غير الشكلية ، وصلوا إلى إجازتها وتقرير إلزامها ، وهم فى سبيل التحرر من الأشكال التى كان يلزم اتباعها لكى يقوم العقد صحيحاً ملزماً . فالأصل عند الرومان أن العقد لايقوم ولايلزم إلا إذا مر فى أحد الأشكال المرسومة ، وهى الثلاثة الآتية : عقد الاستدانة nexnm والاشتراط الشفوى stipulatio والعقد الكتابى litteris وفى سبيل التحرر من سطوة الشكل ، وصل الرومان إلى إقرار أنواع من العقود تقع صحيحة وملزمة دون ضرورة أن تبرز فى أحد الأشكال الأشكال السابقة . وأول ماظهر من هذه العقود غير الشكلية هو العقود العينية in re ، وهى عقود يلزم التسليم لانعقادها ، كعقد العارية والقرض والوديعة . ثم ظهرت العقود الرضائية solu consensu : وهى عقود تتم بمجرد توافق الارادتين ،وكانت محصورة فى أربعة : البيع والإيجار والوكالة والشركة . وأخيراً ظهرت العقود غير المسماة ، ويعنى بها طائفة من العقود كانت تقع صحيحة رغم عدم اتخاذها الشكل الرسمى ورغم عدم دخولها فى طائفة العقود العينية أو طائفة العقود الرضائية ، وذلك بشرط قيام أحد العاقدين بتنفيذ التزامه . فالعقد غير المسمى كان يفيد فى لغة الرومان عقداً من شأنه أن يرتب التزامات فى ذمة كل من طرفيه ، ولكنه لم يمر بالشكل الرسمى ، ولايدخل فى زمرة العقود العينية ولا الرضائية ، وهو لهذا لايقوم ولايلزم بذاته ، ولكنه يصير كذلك إذا ماقام أحد طرفيه بتنفيذ التزامه : إذ يحق لهذا الطرف المنفذ أن يجبر الطرف الآخر بأن يوفى بدوره تعهده عن طريق دعوى يمنحها إياه القانون .

(٢) انظر مع ذلك Planiol فى rev. crit. ، ج ٣٠ س ١٩٠٤ ص ٤٧ . ويرى الأستاذ الكبير إمكان حصر العقود ، سواء أكانت مسماة أم غير مسماة . وذلك على أساس أن موضوعها لايخرج عن أمور ثلاثة ، فهو إما شئ أو حق أو عمل . ولم تلق فكرة Planiol نجاحاً يذكر . فأساس الفكرة ، وإن كان فى مجموعه صائباً ، إلا أنه لايمكن أن يؤدى إلى النتيجة التى أراد صاحبها الوصول إليها . فالعقود التى ترد على العمل ، مثلا ، يمكن أن تتخذ صوراً لاحد لها ، مادامت لاتنافى النظام العام فى الدولة .

المشرع أن يستعرض جميع الصور التي يمكن أن تتخذها العقود . ليضع لها من الأحكام الخاصة مايكفل تنظيمها . ولم يكن هناك مفر من الاقتصار في ذلك على بعضها دون البعض الآخر . والمشرع يقتصر على بيان الأحكام الخاصة للعقود التي يلمس أهميتها للناس . بحسب حاجاتهم . وبحسب مايثور حولها من منازعات في مألوف حياتهم .

والمشرع ، حينما يبين الأحكام الخاصة لعقد ما ، يخلع عليه بالضرورة اسماً خاصاً به . ولذلك تسمى العقود التي من هذا النوع بالعقود المسماة . كعقد البيع وعقد الإيجار وعقد العمل وعقد الشركة وعقد الهبة ... الخ .

أما العقود التي لايتكفل المشرع ببيان أحكامها الخاصة . فيطلق عليها العقود غير المسماة ، لأن المشرع لايخلع عليها اسماً خاصاً تعرف به . وهي تظل محتفظة بوصفها هذا . حتى إذا درج العمل على إضفاء اسم خاص عليها . لأن الاعتبار في خلع هذا الوصف يرجع إلى عدم قيام القانون نفسه ببيان الأحكام الخاصة بالعقد . كما سبق أن بينا . ومثال العقود غير المسماة الاتفاق على إيواء النزيل في الفندق ، والاتفاق الذي يعقده صاحب المسرح أو السينما مع روادهما على تمكينهم من مشاهدة الرواية .

ولايفهم مما سبق أن العقود غير المسماة لاتخضع لتنظيم القانون . إذ أن المشرع ، قبل أن يبين أحكام العقود المسماة ، يبدأ ببيان الأحكام الأساسية للعقد في نطاق نظرية عامة تشمل العقود أياً ماكانت صورها ، كما سبق لنا أن بينا . وهذه الأحكام الأساسية تسري على العقود جميعها ، مالم يرد بشأن بعضها حكم خاص . أو كانت طبيعتها تتجافى معها . وفضلا عن ذلك فالعقد غير المسمى إنما يخضع للأحكام العامة للقانون . وللأحكام التي تستنتج عن طريق القياس بمقارنته بما قد يشابهه من العقود المسماة .

والحقيقة أن المشرع تكفل ببيان أحكام أغلب العقود التي يقتصر الأفراد عليها في معاملاتهم ، والتي تثور حولها المنازعات بينهم ، حتى أنه يندر عملا أن نجد عقداً لاينطوي تحت صورة من صور هذه العقود ، أو على الأقل ،

لا تعتبر مزيجاً من عقود متعددة منها . وعلى أية حال ، إذا عرض عقد من نوع خاص ، فلاخوف من أن تكتنفه الفوضى ، إذ أن فى الأحكام العامة للقانون ، ولما يضعه طرفاه من شروط ، فى حدود النظام العام للدولة ، ما يكفل تنظيمه .

وإذا اطرد ظهور عقد من نوع خاص وبرزت أهميته وتكاثرت المنازعات فى شأنه ، تولى المشرع تنظيم أحكامه ، وأدخله بذلك بين طائفة العقود المسماة . وعقد التأمين أبرز مثال لذلك . فإلى عهد ليس ببعيد ، لم يكن هذا العقد معروفاً ، بل كان يستحيل على الأفراد الالتجاء إليه ، لاعتبار أحكامه حينئذ مخالفة للنظام العام . وسرعان ما اقتنع المشرع فى مصر وفرنسا وفى غيرهما من أكثرية الدول بفائدته ، فقرر شرعيته ، ولجأ إلى وضع أحكام تنظمه فانتقل بذلك إلى طائفة العقود المسماة .

يظهر مما سبق أن العقود تنقسم ، حسب بيان القانون أحكامها الخاصة أو سكوته عن ذلك ، إلى : عقود مسماة أو معينة وعقود غير مسماة أو غير معينة . وقد أقر القانون المدنى المصرى هذا التقسيم ضمناً . فقد جاء الكتاب الثانى من القسم الأول منه يحمل عنوان : « العقود المسماة » ، الأمر الذى يعنى بالضرورة أنه يقر وجود نوع آخر من العقود ، هى العقود غير المسماة .

والعقود المسماة ، وبعبارة أخرى العقود التى يحيطها المشرع بالتنظيم الخاص ، متعددة متنوعة ، وهى تختلف باختلاف موضوعها والغرض منها . فمن هذه العقود مايرمى إلى نقل ملكية شئ أو حق عينى آخر عليه ، كالبيع والمقايضة والهبة . ومنها مايرد على منفعة الشئ أو الحق ، كالإيجار والعارية ، ومنها ما يرد عمل الإنسان كعقد العمل وعقد الوكالة وعقد الوديعة . ومنها مايقصد به تأمين استيفاء الدائن حقه ، كعقد الكفالة وعقد الرهن .

٣١ – العقود الرضائية والشكلية والعينية :

تنقسم العقود . بالنسبة إلى ماإذا كانت الإرادة ، بذاتها ومجردة عن أى ظرف يكتنفها . تكفى لإنشائها ، أو أنها غير كافية لذلك . إلى : عقود رضائية وعقود شكلية وعقود عينية .

فالإرادة أساس العقود جميعاً . فلا قيام لعقد أياً ماكان نوعه ، إلا إذا توافقت إرادتا طرفيه وارتبطتا على إنشائه ، وعلى حكم المسائل الجوهرية فيه . ولكن طريقة التعبير عن الإرادة التى يتطلبها القانون لإنشاء العقود تختلف باختلافها . فمن العقود مايطلق القانون أثر الإرادة فى إنشائها . فيكتفى بمجرد التعبير عنها ، دون أن يقيد هذا التعبير بوجوب وروده فى شكل أو فى آخر . ولاباقترانه بأمر أو بآخر . فالذى يهم . بصدد هذا النوع من العقود . هو مجرد توافر الرضاء بها . ومن هنا جاءت تسميتها بالعقود الرضائية contrats consensuels . ومن العقود مايستلزم القانون . لإنشائها . مجئ الرضاء بها فى شكل خاص يحدده . وهذه هى العقود الشكلية contrats formels . ومن العقود . فى النهاية . مايستلزم القانون لقيامها أن يقترن الرضاء بها بتسليم الشئ . أو العين التى يرد عليها . وهذه هى العقود العينية contrats réels

فالعقود الرضائية هى التى تنعقد بمجرد التراضى بين طرفيها على إنشائها وعلى حكم المسائل الجوهرية فيها . دون مالزوم أن يجئ هذا التراضى فى شكل معلوم ، أو أن يقترن بإجراء معين . فسواء أن يحصل باللفظ أم بالكتابة أم بالإشارة أم باتخاذ أى موقف آخر يدل عليه . ومثالها البيع والإيجار والصلح والقسمة .

والرضائية فى العقود هى الأصل ، تطبيقاً لمبدأ سلطان الإرادة . وإن كانت الاستثناءات أخذت تتكاثر على مر الزمن . وعلى ذلك فالعقد يعتبر رضائياً مالم يقر القانون نفسه غير ذلك .

أما العقود الشكلية ، فهى التى يلزم . لذات انعقادها . ورود الرضاء بها فى شكل خاص محدد . ومثالها الهبة والرهن الرسمى وبيع السفينة .

والشكل الذى يتطلبه القانون لقيام العقود الشكلية ليس واحداً . فهو يتدرج مابين الورقة الرسمية والكتابة العرفية . فنى بعض العقود ، يستلزم القانون الرسمية لانعقادها . كما هى الحال فى الهبة والرهن الرسمى وبيع السفينة . وفى البعض الآخر ، يكتفى القانون بكتابة محرر ولو كان عرفياً ، كما هى الحال فى عقد الشركة المدنية (المادة ٥٠٧) . وعقد إنشاء ملكية الأسرة (المادة ٨٥١) .

ونلفت النظر إلى أن الشكل الذى يتطلبه القانون لايجعل من التصرف شكلياً ، إلا إذا كان ضرورياً لذات قيامه ، بحيث إنه ينعدم إذا تخلف . أما إذا لم يصل دور الشكل إلى هذا الحد ، ماجعل التصرف شكلياً ، بل يستمر رضائياً . ومن الأشكال التى تدخل فى هذا النوع الأخير مايتعلق بإثبات التصرف وشهره . فمؤدى المادة ٦٠ / ١ من قانون الإثبات ، مثلا ، أنه يلزم الكتابة أو مافى حكمها لإثبات التصرفات غير التجارية التى تزيد قيمتها على ٢٠ جنيهاً . ولكن هذا لايجعل من هذه التصرفات شكلية . فالشكل هنا مطلوب للإثبات فحسب . فإن تخلف ، فإن هذا لايمنع من أن التصرف موجود وصحيح فى حقيقة الواقع . وإن صعبت إقامة الدليل عليه قضاء [1] ، وإن لم تصل إلى حد الاستحالة ، حيث تجوز بالإقرار واليمن ، بل وبالبينة نفسها فى بعض الأحوال . وكذلك الأمر بالنسبة إلى شهر التصرفات بالتسجيل أو القيد على حسب الأحوال . فالقانون ، وإن استلزم شهر التصرفات العقارية ، إلا أنه لايجعل من هذا الشهر شرطاً لانعقادها ، بل

---

(١) ومن العقود التى يلزم إثباتها بالكتابة عقد التحكيم (المادة ٥٠١/٢ مرافعات) ، وهو العقد الذى يتفق فيه طرفاه على عرض المنازعات التى نشأت أو تنشأ بينهما على فرد أو أفراد ليفصلوا فيها بدلا من المحكمة المختصة . والكتابة متطلبة فى هذا العقد للإثبات فحسب . فهى إذن لاتغير من طبيعته الرضائية . فهو ينعقد بمجرد توافق الإيجاب والقبول . (انظر تمييز الكويت ١٩٧٥/٦/١٧ ، القضاء والقانون س ٥ ع ٢ ص ٩٤ رقم ١٨) . وإذا لم يكن عقد التحكيم وارداً فى محرر ، وتعذر بذلك إثباته بالكتابة ، فإنه لايمكن أيضاً اثباته بما هو دون الكتابة من أدلة الإثبات ، أى بالبينة والقرائن ؛ ولكن يمكن إثباته بما هو أقوى من الكتابة من أدلة الإثبات ، ونعنى بذلك الإقرار واليمين الحاسمة . راجع فى إثبات التحكيم : فتحى والى ، الوسيط فى قانون القضاء المدنى نبذة ٤١٠ .

مجرد إجراء يأتى فى وقت لاحق لهذا الانعقاد ، ويلزم حصوله لإحداث أثر من آثارها ، وهو انتقال الملكية أو غيرها من الحقوق العينية . فبيع العقار غير المسجل ، مثلا ، عقد صحيح وينتج كل آثاره ، مع استثناء أثر واحد ، وهو انتقال ملكية العقار المبيع إلى المشترى ، حيث يتراخى حصوله إلى مابعد التسجيل .

ونلفت النظر أيضاً إلى أن الشكل فى العقود الشكلية لايغنى عن الإرادة . فهو لايعدو أن يكون الثوب الذى يجب أن يجئ الرضاء بالعقد فيه . فإذا أحيط إبرام الرهن الرسمى أو الهبة ، مثلا ، بالرسمية ، بمعنى أن أبرم التصرف أمـــام الموثق ، ثم اتضح انعـدام إرادة أحد المتعاقدين ، كما إذا كان مجنوناً ، فإن التصرف لايقوم أصلا . فى العقود الشكلية يلزم لقيامها ورود الرضاء بها ، وفى الشكل المحدد . ولايغنى أحد الأمرين عن الآخر [١] .

والقانون هو الذى يحدد العقود الشكلية ، والشكل المتطلب فى كل عقد . ولايسوغ القياس على مايقرره منها ، لأن العقود الشكلية استثناء ، والاستثناء لايتوسع فى تفسيره ولايقاس عليه .

وإذا تطلب القانون شكلية معينة لانعقاد عقد معلوم ، كالهبة أو الرهن الرسمى مثلا ، فإن نفس الشكلية تلزم فى عقد التوكيل فى إبرام هذا العقد ممن يتطلب القانون شكلية رضائه (المادة ٧٠٠ مدنى) . كما أن الشكلية المتطلبة لانعقاد العقد تلزم أيضاً لقيام عقد الوعد بإبرامه (المادة ١٠١ / ٢ مدنى) ، وفى إجازته وإقراره وتعديله [٢] .

ولكن لايوجد ثمة مايمنع المتعاقدين من أن يتفقا ، فى حالة معينة بذاتها ،

---

(١) وفى هذا تختلف العقود الشكلية فى القانون المعاصر عن أمثالها فى القانون الرومانى ، فقد أدت سطوة الشكل فى شريعة الرومان إلى أن احترامه كان يرتب الأثر القانونى ، حتى لو كانت إرادة أحد العاقدين أو كليهما غير قائمة .

(٢) راجع : عبد المنعم الصده ، مصادر الالتزام ، نبذة ٤٥ — محمود جمال الدين زكى ، الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات ، نبذة ٢١ .

على أن يكون عقد رضائى بطبيعته ، كعقد البيع ، عقداً شكلياً . كما إذا اتفقا على أن البيع الذى يزمعان إبرامه لاينعقد ، إلا إذا تم فى الشكل الرسمى ، أو تم فى محرر مكتوب . فهنا يعتد بإرادة المتعاقدين ، ولايعتبر للعقد قيام إلا إذا جاء فى الشكل الذى رسمته . وذلك مالم يتفق العاقدان على عدم الاعتداد بالشكل الذى تطلبته الإرادة . فرضائية العقود ، حيث يقررها القانون ، لاتعتبر من النظام العام . ومن ثم يسوغ الاتفاق على خلافها [١] .
على أنه يجب هنـــا أن يكون الاتفاق قاطعاً فى دلالته على أن طرفيه أرادا جعل العقد شكلياً . بمعنى أنهما أرادا سلوك الشكل المطلوب لذات قيام العقد ، وأن العقد لاينعقد بدونه . وكثيراً ماتدق معرفة قصد المتعاقدين من استلزام الشكل الذى يتطلبانه ، أهو شرط لانعقاد العقد . أم لأمر آخر كإثباته . مثلا . وعند الشك ، يجب تفسير عبارة العقد على أنها لاتستلزم الشكل لذات انعقاده . بل للأمر الآخر [٢] . الذى هو دون انعقاد العقد بالضرورة . ذلك لأن الشك الذى يكتنف شرطاً من شروط العقد ينبغى أن يفسر على النحو الذى يتمشى مع ماتقضى به القواعد القانونية العامة ، ومؤداها هنا أن العقد رضائى [٣] .

وإذا قلنا إن الاتفاق بين العاقدين على جعل عقدهما — الذى هو رضائى بطبيعته — عقداً شكلياً يقع صحيحاً ويكون من شأنه أن هذا العقد لايقوم إلا إذا أبرم فى الشكل المتفق عليه ، فإن هذا القول . وإن كان سليماً تماماً

---

(١) وذلك بخلاف الحال بالنسبة إلى شكلية العقود . فالشكلية ، حيث يستلزمها القانون ، تعتبر من النظام العام . إذ أن القانون لا يقررها إلا مراعاة لمصلحة أساسية . ومن ثم لا يجوز الاتفاق على الإعفاء من الشكلية ، حتى إذا ورد هذا الاتفاق فى الشكل المتطلب .

(٢) وقد كانت المادة ١٤٩ من المشروع التمهيدى لقانوننا تقضى بحكم مخالف . إذ هى تقول « إذا اتفق المتعاقدان على أن يستوفى العقد شكلا خاصاً لم يشترطه القانون ، فالمفروض عند الشك أنهما لم يقصدا أن يلتزما إلا من الوقت الذى يستوفى فيه العقد الشكل المتفق عليه » . وقد حذف هذا النص ، فلم يأت فى القانون ، وترك الأمر لحكم القواعد العامة .

(٣) انظر فى هذا المعنى : عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط فى شرح القانون المدنى ج ١ ط ٢ ص ١٦٣ هامش ١ . عبد المنعم الصده ، محاضرات فى القانون المدنى ، نظرية العقد فى قوانين البلاد العربية ج ١ ص ٣١ .

من ناحية الفكرة العامة والنهج القانونى ، إلا أنه فى العمل يتمثل عدم الجدوى فى مجال إبرام العقود ذاته . لأن الشكلية التى يتطلبها العاقدان فى إبرام عقدهما . من غير أن يفرضها القانون نفسه . والتى يمكننا أن نطلق عليها الشكلية الاتفاقية . تمييزاً لها عن الشكلية التى يفرضها القانون ، أو الشكلية القانونية . تلك الشكلية الاتفاقية يمكن للعاقدين أن يخالفاها إذا انعقدت إرادتهما على ذلك . فهى بخلاف الشكلية التى يفرضها القانون . لا تتعلق بالنظام العام . وهكذا فلا يوجد ثمة ما يمنع العاقدين . بعد أن يتفقا على إبرام عقدهما فى شكل مرسوم كما إذا اتفق المتبايعان على إبرام البيع فى محرر رسمى موثق أمام مأمور التوثيق من أن يعودا فيبرمانه فى غير ذلك الشكل . كما إذا أبرما البيع . فى مثالنا فى محرر عرفى . ذلك لأن إبرام العقد فى غير الشكل الذى اتفق عليه العاقدان ابتداء . وفى تاريخ لاحق لهذا الاتفاق ، يعتبر بذاته اتفاقاً منهما . ولو أنه ضمنى . على عدم الاعتداد باتفاقهما الأول . وما يجوز للإرادة المشتركة أن تقيمه . يسوغ لها بذاتها أن تنقضه ، طالما أن هذا النقض لا يتخالف مع النظام العام .

وإذا وصلنا إلى أن الشكلية الاتفاقية المتطلبة لإبرام العقود يمكن لها أن تخالف بإبرام العقد فى تاريخ تال فى غير الشكل المرسوم . فإننا نصل إلى أن مثل هذه الشكلية لا تكون ذات جدوى فى العمل إلا إذا كانت متطلبة لإجراء تصرف انفرادى من أحد العاقدين ، كالتنبيه بإخلاء العين المؤجرة مثلا . حيث أنه يجوز هنا للعاقد الآخر أن يتمسك بوجوب حصول التصرف فى الشكل المرسوم .

وإلى جانب العقود الرضائية والشكلية . توجد العقود العينية . وهى تلك التى يلزم لقيامها تسليم الشئ الذى ترد عليه . والعقود العينية هى نوع مخفف من العقود الشكلية أدى إليه تطور القانون الرومانى . فى سبيل التحلل من الأوضاع والأشكال البالية التى كانت تسوده .

فللتخلص من الشكل الذى كان يلزم إجراؤه بالنسبة إلى العقود بوجه عام

سمح الرومان ، بالنسبة إلى بعض العقود ، بالاكتفاء بتسليم الشىء التى ترد عليه . وانتقل نظام العقود العينية من القانون الرومانى إلى القانون الفرنسى ، ومن هذا الأخير انتقل إلى القانون المصرى القديم . فقد عرف القانون المصرى القديم ، كالقانون الفرنسى تماماً ، خمسة عقود عينية ، وهى القرض والعارية والوديعة والرهن الحيازى وهبة المنقول التى تبرم سافرة فى عقد عرفى .

ونظام العقود العينية منتقد فى الفقه المعاصر ، فلم يعد له مبرر .فهو قد نشأ عند الرومان للتخفيف من حدة الشكل . أما الآن ، فالقاعدة هى رضائية العقود . وبهذا فقد هذا النظام علة وجوده ، بل أصبح من شأنه أن يعرقل إبرام التصرفات ، بعد أن قصد به فى الأصل تيسيره . من أجل ذلك أخذت التشريعات المعاصرة تهجر نظام العقود العينية . وقد سار قانوننا المدنى فى هذا الاتجاه ، فقصر هذا النظام على عقد واحد ، بل على صورة معينة من صور انعقاده . وهذا العقد هو هبة المنقول ، فيلزم ، لانعقاد هبة المنقول ، أن تجئ فى إحدى صور ثلاث : فهى إما أن تجئ فى ورقة رسمية ، أو مستترة فى صورة عقد آخر ، أو أن تقترن بقبض الموهوب له الشئ الموهوب (المادة ٤٨٨) . والهبة التى تتم فى الصورة الأخيرة يطلق عليها الهبة اليدوية ، اعتباراً بأنها تتم بتسليم الشىء من يد الواهب إلى يد الموهوب له . وهى الصورة الوحيدة لنظام العقود العينية فى قانوننا المدنى الحالى . وفيها لايعتبر للهبة قيام ، إلا إذا تم القبض . أما العقود الأخرى التى كانت عينية فى ظل قانوننا القديم وهى القرض والعارية والوديعة والرهن الحيازى ، فقد أصبحت الآن عقوداً رضائية ، بعد أن كف التسليم عن أن يكون شرطاً لانعقادها ، وأصبح مجرد أثر يترتب عليها . فالرهن الحيازى ، مثلا ينعقد صحيحاً بمجرد التراضى عليه بين الراهن والمرتهن ، حتى قبل أن يسلم الشئ المرهون إلى هذا الأخير . فتسليم المرهون هنا يقع أثراً لعقد الرهن ، لاركناً لازماً لقيامه . ويتمثل هذا الأثر فى التزام أساسى يتحمل به الراهن لصالح المرتهن [١] .

---

(١) راجع فى ذلك مؤلفنا ، التأمينات الشخصية والعينية ، نبذة ٤٤١ .

وكما يجوز للمتعاقدين أن يتفقا على أن يكون عقد رضائى معين عقداً شكلياً . يسوغ لهما أن يتفقا على جعله عقداً عينياً ، بمعنى ألا يقوم إلا إذا تم القبض . وكثيراً مايقع مثل هذا الاتفاق فى عقد التأمين . عندما تتضمن بوليصته شرطاً يقضى بعدم قيامه إلا بعد دفع قسط أو أكثر من أقساطه . وقد يقع مثل هذا الاتفاق أيضاً فى شأن عقد نقل البضائع . فهذا العقد . وإن كان بحسب الأصل عقداً رضائياً ، يتم بمجرد توافق إرادة طرفيه . إلا أنه يجوز الاتفاق بينهما على تأخير انعقاده إلى وقت تسليم البضاعة المنقولة . فيعتبر حينئذ عقداً عينياً .

٣٢ — عقود المعاوضات وعقود التبرع :

تنقسم العقود . بالنسبة إلى ما إذا كان عاقدها يأخذ مقابلا لما يعطى أو لا يأخذ. إلى عقود بمقابل . أو عقود معاوضات . وإلى عقود بغير مقابل أو عقود تبرع . فى النوع الأول يعطى العاقد ويأخذ مقابلا لما يعطيه . ومثاله البيع ، حيث يعطى البائع الشىء المبيع للمشترى ويأخذ منه الثمن . ويعطى المشترى للبائع الثمن ويأخذ منه المبيع . والإيجار حيث يعطى المؤجر منفعة العين للمستأجر ويأخذ منه الأجرة ، ويعطى المستأجر للمؤجر الأجرة ويأخذ منه منفعة العين المؤجرة . ومثال هذا النوع أيضاً عقد العمل ، وكذلك الوكالة والوديعة إن كانتا بأجر . وفى النوع الثانى . يعطى أحد العاقدين للآخر شيئاً دون أن يأخذ مقابلا لما يعطيه إياه . فهو يتبرع له بشىء من عنده . والمثال الفذ لهذا النوع هو الهبة ، حيث يعطى الواهب الشىء للموهوب له . دون أن يأخذ مقابلا لما يعطيه إياه . ومثال هذا النوع أيضاً العارية ، ثم الوكالة والوديعة إن عقدتا بغير أجر .

يظهر من هذا أن أساس تقسيم العقود إلى عقود المعاوضة وعقود التبرع هو حصول المتعاقد على مقابل لما يعطيه من عدمه . والمقصود بالمقابل هنا هو المقابل المادى . أى ذاك الذى تكون له قيمة مالية . فلايعتد بما يناله المتعاقد من مقابل أدبى أو معنوى لما يعطيه . ومن ثم فالأم التى تعطى لابنها مالها ، مثلا ، فى مقابل أن تشبع فى نفسها عاطفة الحب والحنان نحوه .

لاتعقد معه عقداً من عقود المعاوضات . وإنما عقداً من عقود التبرع ؛ فهى تتبرع له بمالها .

وإذا خلصنا إلى أن أساس التقسيم الذى نحن بصدده هو حصول المتعاقد على مقابل مادى لما يعطيه أو عدم حصوله عليه (١) . فلا أهمية بعد ذلك لما إذا كان المتعاقد يحصل على مقابل ما يعطيه من المتعاقد الآخر ، أو كان يحصل عليه من شخص أجنبى عن العقد الذى يبرمه . فالكفيل . الذى يأخذ مقابلا لكفالته من المدين ، يبرم عقداً من عقود المعاوضات . فى حين أنه يبرم عقد الكفالة مع الدائن ، وأن المدين لايعتبر طرفاً فى هذا العقد .

وصفة المعاوضة أو التبرع ، وإن لزمت بعض العقود . بحيث إنها لاتقوم أصلا إلا إذا اتسمت بها ، فإنه يوجد من العقود الأخرى مايمكن اتسامه بإحدى هاتين الصفتين أو بالأخرى . فالبيع والإيجار ، مثلا ، لايقومان إلا إذا أبرما على سبيل التعاوض . وكذلك الهبة والعارية ، لاتقومان إلا إذا أبرمتا على سبيل التبرع . أما الكفالة والوديعة والوكالة . فمن السائغ أن تجئ فى صورة أو فى أخرى ، وفقاً لما إذا كان عاقدها يأخذ مقابلا لما يعطى أو لا يأخذ .

---

(١) ولتحديد وصف العقد بحسب ما إذا كان من عقود المعاوضات أم من عقود التبرع ، يجب أن ننظر إلى كل من طرفيه على حدة . فلا يوجد ثمة ما يمنع من أن يعتبر العقد ، بالنسبة لأحد طرفيه ، تبرعاً ، فى حين أنه يعتبر معاوضة ، بالنسبة إلى الطرف الآخر . فنحن فى الحقيقة لانحكم هنا على العقد فى ذاته ، وإنما نحكم على دور كل من طرفيه فى إبرامه ، فى خصوص كونه يعطى بمقتضاه شيئاً بالمجان ، أو يحصل منه على هذا النحو على فائدة مالية من عدمه . فإن غلب أن يتسم عقد التبرع بهذا الوصف بالنسبة إلى كل من طرفيه ، كما هى الحال فى الهبة والعارية والقرض بدون فائدة والوكالة والوديعة بغير أجر ، إلا أنه من الممكن أن يتسم بذلك الوصف بالنسبة لأحدهما دون الآخر . ومثال هذه الحالة الأخيرة الكفالة بغير أجر ؛ فهذا العقد يعتبر بالنسبة إلى الكفيل تبرعاً ، حيث إنه يعقده لمجرد إسداء الجميل للمدين ، أما بالنسبة إلى الدائن ، فالكفالة تتمثل فى العادة عقداً من عقود المعاوضات ، إذ هو ، ان استحصل منها على الأمن والضمان فى استيفائه دينه ، فهو لا يأخذ ذلك فى الغالب بالمجان ، وإنما نظير قيامه بإقراض المدين الدين ، أو نظير منحه أجلا للوفاء به . انظر فى هذا الاتجاه : السنهورى ، نظرية العقد نبذة ١٣٩ – جمال الدين زكى ، الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات ط ٣ ص ٥٧ هامش ٦ .

بقى أن نعرف أن صفتى المعاوضة والتبرع قد تختلطان فى ذات العقد الواحد . فمن يبيع ، مثلا . داره بثمن يقل عن قيمته مجاملة للمشترى ، كما إذا كان قريبه أو صديقه . يأخذ بعض مايراه مقابلا لداره ؛ ويتبرع بالباقى . ومن يتبرع بأرضه لابنه مشترطاً عليه أن يدفع له مبلغاً من النقود لايتناسب البتة مع قيمة الأرض ؛ يتبرع بالكثير . ولكنه لايتجرد كلية عن العوض . وفى مثل هذه الحالة ، لايسوغ بالضرورة تجزئة العقد . والقول بأنه يعتبر فى بعضه تبرعاً . وفى بعضه الآخر معاوضة . وإنما يلزم تغليب إحدى هاتين الصفتين على الأخرى ، بعد إجراء الموازنة بين الجزء الذى أخذ المقابل عنه ، والجزء الذى حصل التبرع به . ومع الاعتداد أساساً بنية المتعاقدين . فالبيع الذى تحصل فيه مجاملة فى الثمن يظل مع ذلك عقداً من عقود المعاوضات . مادامت المجاملة لاتتجاوز حدودها المعقولة . والهبة تظل تبرعاً . حتى لو فرض الواهب على الموهوب له القيام بأمر معين . مادام هذا الأمر لايتناسب البتة مع قيمة الموهوب . ومادام الواهب لايتجرد عن نية التبرع (أنظر المادة ٤٨٦ / ٢ مدنى) .

وللتفرقة بين المعاوضات والتبرعات أهمية كبرى . ومن مظاهر تلك الأهمية مايلى :

١ — الأصل فى التصرفات التى تقوم على التبرع هو أنها تعتبر أعمالا مدنية وليست تجارية . إذ أن التجارة تقوم على المضاربة وغرض الكسب . فالتبرع غريب عنها . أما المعاوضات . فقد تتسم أحياناً بالصفة المدنية . وأحياناً بالصفة التجارية ، على حسب الأحوال .

٢ — تختلف الأهلية اللازمة لإبرام التصرفات . باختلاف ماإذا قامت على التبرع أو المعاوضة . ففى عقود التبرع ، نجد القانون يشترط أقصى درجات الأهلية فى المتبرع . وأخفها فى المتبرع له . اعتباراً بأن الأول يجرى عملا يضره ضرراً محضاً ، وأن الثانى يجرى عملا ينفعه نفعاً محضاً . أما فى المعاوضات فالقانون يشترط فى المتعاقد أهلية إبرام التصرفات الدائرة بين

النفع والضرر . وهى أهلية تجئ فى مرتبة وسطى بين أهلية إجراء التصرفات الضارة ضرراً محضاً . وأهلية إجراء التصرفات النافعة نفعاً محضاً .

٣ — تختلف معاملة القانون للمتعاقد باختلاف ماإذا كان متبرعاً أو متبرعاً له أو متعاوضاً . فهو يعامل المتبرع معاملة أخف من تلك التى يعامل بها المتعاوض . فى حين أنه يعامل المتبرع له معاملة أقسى وأشد . فالقانون ينظر إلى المتبرع على أنه متفضل . فيعامله بالنسبة إلى حقوقه والتزاماته معاملة تتسم بالتسامح واللين . ومن أجل ذلك نجد مركز الواهب . أخف كثيراً من مركز البائع [١] . ومركز المعير أخف من مركز المؤجر . أما المتبرع له . فالقانون ينظر إليه على اعتبار أن المتبرع يسدى إليه الفضل والجميل . الأمر الذى جعله يقرر له معاملة تتسم بشئ من الصرامة . ولهذا نجد مركز الموهوب له أشد من مركز المشترى [٢] . ومركز المستعير أشد من مركز المستأجر . بل إننا نجد القانون يعامل المتعاقد فى ذات العقد الواحد . معاملة تختلف باختلاف ماإذا كان متبرعاً أم متعاوضاً . فهو يقرر للوكيل والوديع بغير أجر معاملة أخف من تلك التى يقررها للوكيل أو الوديع بأجر [٣] .

٤ — تختلف بصفة عامة التبرعات عن المعاوضات بالنسبة لإبطالها على

---

(١) فللواهب ، مثلا ، أن يرجع فى هبته ، ولو على غير رغبة من الموهوب له ، إذا استند فى ذلك إلى عذر مقبول ، ولم يوجد مانع من موانع الرجوع المنصوص عليها فى المادة ٥٠٢ مدنى (راجع المادة ٥٠٠ / ٢) أما البائع ، فليس له ، بغير إرادة المشترى ، الرجوع فى البيع بعد تمامه .

(٢) فالقانون ، مثلا ، يتطلب من الموهوب له الوفاء للواهب فى مقابل ما وهبه إياه ، فلا يخل بما يجب عليه نحوه إخلالا لا يعتبر جحوداً كبيراً من جانبه إزاءه ، وإلا حق للواهب اعتبار هذا الجحود عذراً مقبولا يخوله أن يطلب من القضاء الترخيص له فى الرجوع فى الهبة (المادة ٥٠١ أ) . أما المشترى ، فلأنه يدفع مقابل ما يشتريه ، فلا يقع عليه واجب خاص فى الوفاء للبائع ، ولا يجوز لهذا الأخير أن يرجع فى بيعه له بحجة حصول الجحود منه .

(٣) انظر ، فى شأن الوكالة ، المادة ٧٠٥ ، حيث تتطلب من الوكيل بأجر أن يبذل فى مباشرة الوكالة العناية التى يبذلها الرجل العادى ، فى حين أنها لا تتطلب من الوكيل بغير أجر إلا العناية التى يبذلها فى أعمال الخاصة ، دون أن يكلف فى ذلك بأزيد من عناية الرجل العادى . وانظر المادة ٧٢٠ ، حيث تجرى نفس التفريق فى شأن عقد الوديعة .

أساس الغلط الواقع فى شخصية المتعاقد . فالغلط الذى ينهض سبباً لإبطال العقد هو الغلط الجوهرى . ويغلب أن يكون الغلط فى شخصية المتبرع له جوهرياً. لأن التبرع يقوم أساساً على اعتبارات شخصية يقدرها المتبرع فى المتبرع له . وتعتبر بالنسبة إليه السبب الرئيسى الذى يدفعه إلى التعاقد . أما المعاوضات . فالأصل فيها أن الغلط فى شخصية المتعاقد لايعتبر جوهرياً . ولاينهض بذلك سبباً لإبطالها ، إذ أن شخصية المتعاقد فيها لايكون لها عادة كبير اعتبار . ولكن ذلك لايمنع من أنه فى كثير من الأحيان يكون لشخصية المتعاقد . فى عقد المعاوضات ، اعتبار رئيسى . كما هى الحال . على وجه الخصوص فى عقد الشركة وعقد المزارعة وعقد العمل . وفى مثل هذه الحالة . يعتبر الغلط فى شخصية المتعاقد جوهرياً . وينهض سبباً لطلب الإبطال .

٥ — تختلف المعاوضات عن التبرعات بالنسبة إلى شروط إعمال الدعوى البولصية أو دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين فى مواجهة دائنيه . فنى الأولى يلزم غش المدين وعلم المتصرف اليه بهذا الغش (المادة ١/٢٣٨) . أما فى الثانية . فلايلزم هذا الشرط أصلا (المادة ٢٣٨ / ٢) . .

٣٣ — العقود الملزمة للجانبين وتلك الملزمة لجانب واحد :

تنقسم العقود ، بحسب ماإذا كانت تنشئ التزامات على طرفيها كليهما أم على أحدهما فقط . إلى عقود ملزمة للجانبين وعقود ملزمة لجانب واحد .

فنى العقود الملزمة للجانبين ، نجد الالتزامات تثقل كلا من طرفيها على سبيل التقابل . فكل منهما دائن للآخر ومدين له . ومثالها عقد البيع ، حيث إنه ينشأ التزامات على البائع لصالح المشترى (الالتزام بالعمل على نقل الملكية والالتزام بالتسليم والالتزام بالضمان) . وأخرى على المشترى لصالح البائع (الالتزام بدفع الثمن وبتسلم المبيع) ؛ وعقد الإيجار ، حيث ينشىء التزامات على المؤجر (الالتزام بتسليم العين المؤجرة والالتزام بصيانتها والالتزام بالضمان) وأخرى على المستأجر (الالتزام بدفع الأجرة والقيام برعاية العين والالتزام برد العين عند انتهاء الإيجار) . ومن العقود التى باتت ملزمة

للجانبين ، بعد أن كانت من قبل ملزمة لجانب واحد . العارية والقرض والرهن الحيازى . وهى من العقود التى كانت عينيـة فى الماضى ، ثم ارتفعت عنها عينيتها . وأضحت عقوداً رضائية (١) .

أما العقود الملزمة لجانب واحد : فهى تلك التى ترتب الالتزامات فى ذمة أحد طرفيها دون الآخر . فيكون هذا الطرف مديناً غير دائن ؛ فى حين أن الطرف الآخر يكون دائناً غير مدين . ومثال هذه العقود الهبة حيث ترتب على الواهب لصالح الموهوب له الالتزام بنقل ملكية الشئ والالتزام بتسليمه . فى حين أن الموهوب له لايتحمل فى العادة بأى التزام ومثاله أيضاً الكفالة (٢) .

ويجب عدم الخلط بين تقسيم العقود إلى عقود ملزمة للجانبين وأخرى ملزمة لجانب واحد وبين تقسيم التصرفات إلى تصرفات صادرة من جانبين وأخرى صادرة من جانب واحد . فهذا التقسيم الأخير يتناول التصرف فى ذات قيامه ، ناظراً إلى من يجريه . فإن كان شخص واحد هو الذى يجربه كان تصرفاً صادراً من جانب واحد . كالوصية والوقف . وإن كان التصرف لاينعقد إلا إذا أجراه طرفان : كان تصرفاً صادراً من جانبين كالبيع . أما التقسيم الأول ، فهو يتناول العقود (التى هى تصرفات صادرة من جانبين) من حيث أثرها .

---

(١) فن الأصول الأساسية فى عقود العارية والقرض والرهن الحيازى حصول تسليم الشيء محل العقد . ولقد كان هذا التسليم ، فى ظل القانون الرومانى ، ومن بعده فى ظل القانون الفرنسى ، ثم فى ظل قانوننا المصرى القديم ، ركنا لازما لذات قيام العقد . ومن هنا أتى وصف العقود السابقة بالعينية . وفى الفكر القانونى الحديث ، كف تسليم المعقود عليه (الشىء المعار أو المقرض أو المرهون) عن أن يكون ركنا فى العقد ، فارتفعت بذلك العينية ، ولكنه صار أثراً للعقد ، متمثلا فى التزام يتحمل به العاقد الذى لم يكن فى الماضى متحملا بأى التزام ، فأضحى العقد ملزماً للجانبين ، بعد أن كان من قبل ملزماً لجانب واحد . وقد تمشى القانون المصرى الحالى مع الفكر الحديث ، فى خصوص ما نحن بصدده ، فنص على قيام الالتزام بتسليم المعقود عليه على المعير (المادة ٦٣٥ و ٦٣٦) وعلى المقرض (المادة ٥٣٨ والمادة ٢/٥٣٩) وعلى الراهن الحيازى (المادة ١٠٩٦ والمادة ١٠٩٩) .

(٢) انظر مؤلفنا : التأمينات الشخصية والعينية ، نبـذة ١٨ .

ويجب عدم الخلط كذلك بين تقسيم العقود إلى ملزمة لجانب واحد وملزمة لجانبين وبين تقسيمها إلى تبرعات ومعاوضات . فالأساس مختلف فى التقسيمين ، كما يتضح مما قلناه . ثم إن التقابل لايقع تاماً بينهما . فإن كان الغالب فى عقود التبرع أن تلزم جانباً واحداً ، هو المتبرع ، دون الجانب الآخر وهو المتبرع له ، كما هى الحال فى الهبة ، إلا أنه قد تكون فى بعض الأحوال ملزمة للجانبين . ومثال هذه الحالة الأخيرة الهبة المقترنة بتكليف أو الهبة بشرط ، وهى التى تفرض على الموهوب له أداء التزام معين . وكذلك إن كان الغالب أن تقع المعاوضات ملزمة للجانبين ، فقد تكون ملزمة لجانب واحد فقط . ومثال هذه الحالة الأخيرة الكفالة بأجر يأخذه الكفيل من المدين لا من الدائن [١] .

ولتقسيم العقود إلى ملزمة للجانبين وملزمة لجانب واحد أهمية بالغة . وترجع هذه الأهمية إلى أن العقود الأولى تقوم على التقابل بين الالتزامات المفروضة على كل من طرفيها ، فى حين أنه لايوجد فى العقود الملزمة لجانب واحد أى تقابل بين الالتزامات . وقد اعتد القانون بالتقابل بين الالتزامات فى العقود الملزمة للجانبين من حيث ذات قيامها ، ثم من حيث تنفيذها ، ومن حيث سبيل التحلل منها [٢] . فى هذه العقود ، يتمثل التزام

---

(١) فالكفالة تبرم بين الكفيل والدائن ، ولا يعتبر المدين طرفاً فيها . فإن أخذ الكفيل مقابلا لكفالته من المدين ، وأصبحت الكفالة بذلك من عقود المعاوضات ، فإن هذا لا يمنع من أن تلك الكفالة ترتب على الكفيل وحده الالتزامات ، ولا ترتب التزامات ما على الدائن ، وهو طرفها الآخر . فالكفالة هنا تعتبر ملزمة لجانب واحد ، برغم أنها من أعمال المعاوضات .

(٢) كما أنه يترتب أيضاً على التقابل فى الالتزامات فى العقود الملزمة للجانبين مبدأ تعاصر التنفيذ للالتزامات المتقابلة . فالأصل فى هذا النوع من العقود ، هو وجوب الوفاء بالالتزامات المتقابلة فى وقت واحد ، بالنسبة إلى الطرفين كليهما . ولا يخالف هذا الأصل إلا إذا نص القانون أو قضى العرف أو الاتفاق بغيره . انظر فى هذا الاتجاه : تمييز الكويت ٢٨/٥/١٩٧٥ طعن رقم ١٦/١٩٧٤ تجارى ، مجموعة القواعد القانون لمحكمة التمييز ص ١٩٣ رقم ٣٦ . وقد جاء فى هذا الحكم أنه : « من المقرر فى مجال الارتباط فيما بين الالتزامات المتقابلة فى العقد الملزم للجانبين أن يكون التنفيذ من جهة مقابلا للتنفيذ من الجهة الأخرى . فتعتبر الالتزامات المتقابلة مستحقة التنفيذ فى وقت واحد . فإذا قام أحد المتعاقدين بالتزامه فإن الالتزام المقابل له بذمة=

كل متعاقد سبباً لالتزام المتعاقد الآخر مضافاً إليه الباعث الذى دفعه إلى التعاقد ، عن نحو ما سوف نبينه عند دراسة السبب كركن فى العقد . وهكذا فإذا لم يقم التزام أحد العاقدين لأمر أو لآخر . فقد الالتزام الآخر سببه ، وبطل بالتالى العقد كله . ومن ناحية ثانية ، إذا لم يقم أحد طرفى العقد بتنفيذ التزامه . كان للطرف الآخر أن يمتنع بدوره عن تنفيذ التزامه . وهذا هو الدفع بعدم التنفيذ . ومن ناحية ثالثة . يسوغ فى العقود الملزمة للجانبين . عند عدم أداء أحد طرفيها التزاماً عليه . أن يطالب الطرف الآخر من القاضى الحكم بفسخ العقد . حتى تزول الالتزامات التى يرتبها عليه . هكذا يعمل فى العقود الملزمة للجانبين بنظامى الدفع بعدم التنفيذ والفسخ ، فى حين أنهما لاينطبقان فى العقود الملزمة لجانب واحد . وكذلك يختلف مضمون السبب كركن لازم لقيام العقد . فى العقود الملزمة للجانبين عنه فى فى العقود الملزمة لجانب واحد .

٣٤ — العقود الفورية والعقود المستمرة أو عقود المدة :

تنقسم العقود . بحسب ماإذا كان للزمن دخل فى تحديد مدى مايؤدى من الالتزامات الناشئة عنها أم لا . إلى عقود فورية وعقود مستمرة أو زمنية أو عقود المدة .

فالعقود الفورية Contrats instantanés هى التى لايتدخل الزمن فى

=- العاقد الآخر يكون مستحقاً ومنجزاً فى ذات الوقت ، وعليه أداؤه بغير حاجة إلى انذار رسمى أو أى إخطار آخر قبل رفع الدعوى » . ويعن لنا على هذا الحكم ملاحظتان : حاصل الأولى أن عبارة الحكم جاءت مطلقة على نحو يوحى بأن مبدأ تعاصر تنفيذ الالتزامات المتقابلة هو مبدأ يتسم بالشمول والاطلاق ، وذلك فى حين أنه ليس كذلك . فن الممكن أن يخالف ويتوجب أداء التزامات أحد العاقدين فوراً ، حالة كون التزامات الآخر مؤجلة التنفيذ ، وذلك إذا قضى به القانون أو الاتفاق أو طبيعة العقد . وحاصل الملاحظة الثانية أن الحكم قد جانبه التوفيق بقوله إنه عند قيام أحد العاقدين بالتزامه يتوجب على *العاقد الآخر أن* يقوم بدوره بالتزامه بغير حاجة إلى إنذار أو إخطار . فإذا كان صحيحاً أنه يتوجب على العاقد تنفيذ التزاماته . عندما يفى المتعاقد الآخر بما يثقل ذمته من الالتزامات ، إلا أنه لا يعتبر مخلا بها إلا بعد *إعذاره* . *وفقاً للقواعد العامة* ، ما لم يكن إعذاره غير متطلب قانوناً .

تحديد مقدار ما يؤدى من الالتزامات المتولدة عنها . وسيان بعد هذا أن يتدخل فى تحديد وقت نفاذها أو لايتدخل . فالبيع مثلا عقد فورى التنفيذ ، لأن التزامات البائع والتزامات المشترى تؤدى ، دون أن يتدخل الزمن فى تحديد مقدارها ومداها . فالتزام البائع بنقل الملكية والتزامه بالتسليم ، وكذلك التزام المشترى بدفع الثمن ، هذه الالتزامات كلها تتحدد فى مداها دونما دخل للزمن . ومايؤدى من هذه الالتزامات يؤدى مرة واحدة دون تكرار . فالبائع لايسلم المبيع ولاينقل ملكيته إلا مرة واحدة . والمشترى لايدفع الثمن إلا مرة واحدة كذلك . من أجل هذا يقال عن البيع إنه عقد فورى . أو هو فورى التنفيذ . ولايغير من وصفه هذا أن يقترن تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه بأجل محدد . لأن الأجل هنا لايؤثر فى مدى مايؤدى من التزامات ، ولكنه يؤثر فقط فى وقت تنفيذها . فإن أرجئ قيام المشترى بتنفيذ التزامه بدفع الثمن ، مثلا ، أو اشترط دفع هذا الثمن على أقساط ، فإن هذا لا يؤثر فى مقدار الثمن الذى يجب دفعه [1] .

أما العقود المستمرة Contrates successifs أو عقود المدة Contrats de durée ، كما يتجه بعض الفقهاء إلى تسميتها فى مصر ، فهى تلك التى يتوقف مقدار ما يؤدى من الالتزامات الناشئة عنها على الزمن . إذ أن هذه الالتزامات تضيق فى مداها أو تتسع ، بحسب قصر أو طول المدة التى ينفذ العقد خلالها . ومثال العقود المستمرة . عقد الإيجار وعقد العمل وعقد التوريد . فكلما طالت مدة عقد الإيجار ، مثلا ، كلما اتسع نطاق

---

(١) والحقيقة أن اصطلاح « العقود الفورية » الذى هو ترجمة لفظية للاصطلاح المقابل فى اللغة الفرنسية ، من شأنه أن يدعو إلى اللبس الذى أردنا أن نحذر منه فى المتن . ذلك لأن لفظ « الفورى » قد يثير فى الذهن أن أداء الالتزامات الناشئة من العقد يتم فور قيامها . ولعله كان من الأوفق أن يستبدل بإصطلاح « العقود الفورية » اصطلاح آخر من شأنه أن يبعد اللبس الذى أظهرناه . ولعله كان من الممكن هنا أن نقول : « العقود وحدوية التنفيذ » ، بمعنى أن تنفيذ الالتزامات الناشئة عنها يتم مرة واحدة دون تكرار ، ليبرز بذلك التقابل بين العقود التى نحن بصددها والعقود المستمرة التنفيذ . ولكننا لسنا مع ذلك من أنصار التجديد فى الاصطلاحات المستقرة الثابتة . إذ أن العبرة فى الاصطلاحات العلمية عامة ، والقانونية منها خاصة ، هى بما تدل عليه ويفهم منها .

التزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين ، والتزام المستأجر بدفع الأجرة . وهكذا فالزمن عنصر أساسي فى العقود المستمرة ، فى حين أنه لايعتبر كذلك فى العقود الفورية .

ولتقسيم العقود إلى فورية ومستمرة أهمية كبرى . وترجع تلك الأهمية إلى أن الزمن ، إذا فات ، لايعود . ففوات الزمن يؤثر بالضرورة فى العقود المستمرة . ولكنه لايؤثر فى العقود الفورية . ومن أهم مظاهر هذا التأثير مايلى :

١ — إذ أوقف تنفيذ العقد المستمر لمدة معينة ، سواء أحصل ذلك برضاء عاقديه أم بسبب أجنبي لايد لأيهما فيه . انتقص ما يؤدى من الالتزامات الناشئة عنه ، فى حدود مايقابل مدة الوقف . فإذا أغرقت السيول ، مثلا ، العين المؤجرة ، وحالت بذلك دون انتفاع المستأجر بها مدة من الزمن ، زال التزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين خلال تلك المدة ، وزال أيضاً التزام المستأجر بدفع الأجرة فيما يقابلها . أما العقود الفورية ، فوقف تنفيذها لايؤثر فى مقدار مايؤدى من الالتزامات الناشئة عنها . فهو لايعدو أن يكون ارجاء لأداء تلك الالتزامات ، التى تظل محتفظة بمقدارها كاملة .

٢ — فسخ العقود الفورية أو انفساخها يؤدى إلى زوالها بأثر رجعى ، كقاعدة عامة . فهى تعتبر نتيجة فسخها أو انفساخها ، كأن لم تبرم أصلا ، الأمر الذى يترتب عليه إرجاع عاقديها إلى الحالة التى كانا عليها قبل إبرامها . أما العقود المستمرة ، فلا يكون لفسخها أو انفساخها أثر رجعى . بل يقتصر أثره على إنهائها بالنسبة إلى المستقبل فحسب [١] و [٢] . والسبب فى ذلك أن تنفيذ الالتزامات الناشئة عن هذه العقود يقوم فى أساسه على الزمن .

---

(١) وسوف نعود إلى ذلك ، عند الكلام فى الفسخ والانفساخ كسببين لانحلال العقد .

(٢) بل إن القضاء الفرنسى ، متأثراً فى ذلك باعتبارات انسانية لمصلحة العامل ، يسير ، بصدد عقد العمل ، على عدم إعمال فكرة الأثر الرجعى حتى بالنسبة إلى البطلان نفسه ، ولو كان هذا البطلان متعلقاً بالنظام العام ، مالم تكن المخالفة التى أدت إليه جسيمة فادحة . راجع فى ذلك : مؤلفنا : أحكام قانون العمل الكويتى ، نبذة ١٥٨ .

والزمن الذى فات لايعود . فإذا بدأ ، مثلا ، تنفيذ عقد الإيجار ، ثم تقرر فسخه . ماكان فى مقدورنا أن نزيل من الوجود انتفاع المستأجر بالعين فى المدة السابقة على الفسخ . فهذا الانتفاع قد تم بالفعل ولاسبيل إلى إزالته . من أجل هذا يقتصر فسخ الإيجار على إنهائه بالنسبة إلى المستقبل ، دون أن يكون له أثر بالنسبة إلى الماضى .

٣٥ — العقود محددة القيمة والعقود الاحتمالية :

تنقسم العقود ، بحسب ماإذا كان من الممكن عند إبرامها تحديد قيمة الالتزامات الناشئة عنها أم لا ، إلى عقود محددة القيمة وعقود احتمالية .

فالعقد محدد القيمة (Contrat conmmutatif) هو ذلك الذى يمكننا ، عند إبرامه ، أن نتبين قيمة الالتزامات الناشئة عنه ، بحيث يستطيع كل متعاقد أن يعرف ، فى هذا الوقت ، مدى مايأخذه ومدى مايعطيه بمقتضاه . ومثال العقود محددة القيمة ، بيع شىء معين أو إيجاره نظير مبلغ نقدى محدد كثمن أو كأجرة . فهنا نستطيع أن نتبين ، عند إبرام العقد ، مدى ما يعطيه ويأخذه كل من البائع والمشترى أو المؤجر والمستأجر .

أما العقد الاحتمالى Contrat aléatoire فهو ذلك الذى لا تتحدد قيمة الالتزامات الناشئة عنه أو أحدها ، عند إبرامه ، بل تتوقف تلك القيمة على عوامل مستقبلة للصدفة فيها أثر كبير . ومثال العقود الاحتمالية عقد التأمين . والبيع الذى يكون الثمن فيه إيراداً مرتباً لمدى حياة المشترى . فلا نستطيع ، مثلا ، عند إبرام عقد التأمين على الحياة ، أن نعرف قيمة المبالغ التى يدفعها المؤمن له لشركة التأمين . فهذه القيمة تتأثر بطول حياة المؤمن له أو قصرها . فهو قد يموت بعد أداء قسط واحد ، وقد تمتد به الحياة إلى أن يدفع الكثير منها .

وتقسيم العقود إلى محددة القيمة واحتمالية يكاد يكون عديم الفائدة قانونياً ، اللهم إلا بالنسبة إلى نوع معين من العقود الاحتمالية ، وهى تلك التى

تقوم على المضـــاربة والمقامرة ، كبيع القطن قديماً فى البورصة لأجل . وهو ما كان يطلق عليه « الكونترتات » . حيث إن القضاء وعلى رأسه محكمة النقض قد استقر على عدم سريان نظرية الحوادث الطارئة على هذا النوع من العقود [١] . بخلاف الأصل فى العقود بوجه عام .

٣٦ — العقود المدنية أو عقود القانون الخاص والعقود الإدارية :

ثمة تقسيم جديد للعقود ، شق طريقه إلى دنيا القانون ، من وقت ليس بجد بعيد ، بعد أن لم يكن معروفاً من قبل ، وذلك هو تقسيم العقود إلى عقود مدنية وعقود إدارية .

ففكرة العقود الإدارية هى فكرة جد حديثة . فهى ترجع إلى مطلع القرن الذى نعيشه . وهى ترجع فى نشأتها إلى القضاء الإدارى الفرنسى . وأساس نشأتها هو توزيع الاختصاص ، فى شأن العقود عامة ، بين القضاء العادى والقضاء الإدارى .

فلقد كان معيار التفرقة ، فى فرنسا ، بين اختصاص القضاء العادى والقضاء الإدارى ، يتمثل فى فكرة عمل الســلطة acte d'autourité . ومؤدى هذه الفكرة أنه إذا كان العمل قد قامت به الإدارة باعتبارها ممثلة للسيادة والسلطان فى الدولة ، كفرض ضريبة أو استيلاء على مال للفرد أو نزع ملكيته ، اعتبر عملا إدارياً وخضع بالتالى للقضاء الإدارى . أما إذا كان عمل الإدارة قد صدر منها باعتبارها شخصاً عادياً ، اعتبر عملا مدنياً . وخضع للقضاء العادى . وكان يعتبر من شاكلة هذا الصنف الأخير من الأعمال العقود التى تبرمها الإدارة مع الأفراد أو الشركات بوجه عام . كبيع مال مملوك للدولة ملكية خاصة أو إيجاره وكعقد مقاولة لإجراء الأشغال العامة .

وعلى مر الزمن ، بدأ المشرع الفرنسى ، فى نطاق محــدود ، يخضع عقوداً بعينها من تلك التى تبرمها الإدارة للقضاء الإدارى ، كعقود الأشغال

(١) انظر نقض ١٥/٢/١٩٦٦ مجموعة أحكام النقض س ١٧ ص ٢٨٧ قاعدة ٣٨ . وانظر ما سيجىء ، نبذة . . .

العامة وعقود بيع أملاك الدولة الخاصة . ومن هنا نشأت فكرة العقود الإدارية ، باعتبارها متميزة عن غيرها من العقود ، من حيث اختصاص القضاء الإدارى بالمنازعات التى تثور حولها ، دون القضاء العادى . وقد كانت الفكرة السابقة ، فى بادىء الأمر ، محدودة فى نطاقها بالعقود التى يعينها المشرع نفسه Contrats administratifs par détermination de la loi ثم أخذ مجلس الدولة الفرنسى يتوسع فى فكرة العقود الإدارية ، بغية الزيادة فى اختصاصه . إلى أن انتهى إلى إطلاق فكرة العقد الإدارى ، وجعلها شاملة كل عقد تبرمه الإدارة فى شأن تسيير أو تنظيم المرفق العام ، قومياً كان هذا المرفق أم محلياً .

ولم تنشأ فكرة العقود الإدارية فى مصر قبل إنشاء مجلس الدولة فى سنة ١٩٤٦ ، حيث إن أساس نشأتها المتمثل فى وضع معيار للتفريق ، فى صدد العقود ، بين اختصاص القضاء العادى والقضاء الإدارى لم يتواجد من قبل . بل إن فكرة العقود الإدارية لم تبدأ فى الظهور فى مصر إلا فى سنة ١٩٤٩ ، حينما عدل قانون مجلس الدولة الصادر فى سنة ١٩٤٦ بما يدخل فى اختصاصه لأول مرة النظر فى المنازعات المتعلقة ببعض العقود الإدارية ، وهى عقد الالتزام وعقد الأشغال العامة وعقد التوريد . وذلك دون أن يرفع القانون النظر فى المنازعات السابقة عن القضاء العادى ، الأمر الذى جعل الاختصاص بالعقود السابقة اختصاصاً مزدوجاً . وجاء قانون مجلس الدولة الصادر فى سنة ١٩٥٥ ، ومن بعده قانون مجلس الدولة الحالى (القانون رقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢) بمنحان لمجلس الدولة وحده ، دون القضاء العادى ، الاختصاص بنظر المنازعات بأى عقد إدارى على وجه العموم والشمول [١] . وعلى هذا النحو ، أخذ تقسيم العقود إلى عقود مدنية ، أو عقود القانون الخاص ، وعقود إدارية [٢] يتسم بأهمية بالغة فى مصر .

---

(١) راجع المادة ١٠ من كل من القانونين رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٥ ورقم ٤٧ لسنة ١٩٧٢ .

(٢) راجع فى تحديد الطبيعة الإدارية للعقد : ثروت بدوى ، المعيار المميز للعقد الإدارى ، مقال منشور بمجلة القانون والاقتصاد س ٢٧ ع ٣ و ٤ ص ١١٥ وما بعدها .

فالمنازعات المتعلقة بالعقود الأولى تدخل فى اختصاص القضاء العادى ، فى حين أن تلك المتعلقة بالعقود الإدارية تدخل فى اختصاص القضاء الإدارى .

والعقد الإدارى هو العقد الذى يبرمه شخص معنوى عام ، أى جهة من جهات الإدارة ، بقصد تنظيم أو تشغيل مرفق عام . وتظهر فيه نية الإدارة فى الأخذ بأحكام القانون العام . بأن كان يتضمن شروطاً غير مألوفة Clauses éxorbitantes فى القانون الخاص . فقوام العقد الإدارى الاعتبارات الثلاثة الآتية :

١ — الإدارة فيه طرف ، وسواء فى ذلك أكانت فى إجرائها العقد ممثلة للسيادة والسلطان من عدمه .

٢ — أن تبرم الإدارة العقد بقصد تنظيم أو تسيير مرفق عام .

٣ — أن يتضمن العقد وسائل القانون العام بالنسبة إلى تنفيذه : بأن ينطوى على اشتراطات غير مألوفة فى مجال تطبيق القانون الخاص ، كأن يشترط فى العقد منح جهة الإدارة حقوقاً وامتيازات لاتثبت فى مجال العقود المدنية ، وكأن يتضمن العقد شروطاً من شأنها أن تخول المتعاقد مع جهة الإدارة سلطات استثنائية فى مواجهة الغير ، بمعنى أن تخوله مباشرة بعض مظاهر السلطة العامة . أو أن تشركه مع جهة الإدارة فى تسيير المرفق العام .

ولتقسيم العقود إلى مدنيــة وإدارية أهمية بالغــة . فإلى جانب تنوع الاختصاص بالمنازعات المتعلقة بكل منها بين القضاء الإدارى والقضاء العادى الذى هو أصل نشأة التفرقة ، أخذت العقود الإدارية تختلف عن نظيرتها المدنية فى أمور عديدة أخرى . وإن بقيت بطبيعة الحال خاضعة لأحكام نظرية العقد المنصوص عليها فى القانون المدنى . والتى نعرضها فى هذا المؤلف ، فى غير مايرد عليه التخالف .

ويرجع أساس التخالف فى الحكم فى بعض النواحى بين العقود المدنية من ناحية . والعقود الإدارية من ناحية أخرى ، إلى أن القضاء الإدارى يتميز عن القضاء العادى بأنه لايتقيد بالقانون على النحو الدقيق الصارم

الذى يتقيد به هذا الأخير . فكثيراً مايعمد القضاء الإدارى إلى عدم التقيد الصارم بأحكام القانون ، إذا مادعته إلى ذلك اعتبارات المصلحة العامة ، وهذا ماأدى إلى أن يقال عنه إنه قضاء بريتورى أو قضاء ذو نزعة بريتورية ، إشارة إلى دور البريتير فى القانون الرومانى فى تطوير هذا القانون وتخفيف حدته ، ولو كان ذلك على حساب صارم قواعده . ومن الأمور التى يتخالف فيها العقد الإدارى عن العقد المدنى ، على نحو ما سار عليه القضاء الإدارى ، عدم ثبوت الرخصة للقاضى فى تخفيض مقدار الشرط الجزائى عند مخالفة المتعاقد مع الإدارة لمقتضى التزامه [1] ، وهى الرخصة المقررة بالمادة ٢٢٤ مدنى . ولاننسى ، فى المجال الذى نحن بصدده ، دور القضاء الإدارى الفرنسى فى القول بنظرية الظروف الطارئة فى خصوص العقود الإدارية ، على نحو لايتفق مع نصوص مدونة نابليون . وعلى الخصوص المادة ١٢٣٤ منها ، ويتخالف مع ماتسير عليه إلى الآن محكمة النقض الفرنسية .

---

(١) انظر نقض مدنى ٢١ نوفمبر ١٩٦٣ ، طعن ٢٦٢ لسنة ٢٩ ق ، مجموعة أحكام النقض س ١٤ ص ١٠٨١ رقم ١٥٤ . وقد جاء فى هذا الحكم : « غرامات التأخير التى ينص عليها فى العقود الإدارية تختلف فى طبيعتها عن الشرط الجزائى فى العقود المدنية ، إذ أن هذه الغرامات جزاء قصد به ضمان وفاء المتعاقد مع الإدارة بالتزامه فى المواعيد المتفق عليها حرصاً على سير المرفق العام بانتظام واطراد . وفى سبيل تحقيق هذه الغاية ، يحق للإدارة أن توقع الغرامة المنصوص عليها فى تلك العقود من تلقاء نفسها ودون حاجة إلى صدور حكم بها ، وذلك بمجرد وقوع المخالفة التى تقررت الغرامة جزاء لها . كما أن لها أن تستنزل قيمة هذه الغرامة من المبالغ التى تكون مستحقة فى ذمتها للمتعاقد المتخلف . ولا يتوقف استحقاق الغرامة على ثبوت وقوع ضرر للإدارة من جراء اخلال هذا المتعاقد بالتزامه ، ومن ثم فلا تلتزم بإثبات هذا الضرر ، كما انه لايجوز للطرف الآخر أن ينازع فى استحقاقها للغرامة كلها أو بعضها بحجة انتفاء الضرر أو المبالغة فى تقدير الغرامة فى العقد لدرجة لاتتناسب مع قيمة الضرر الحقيق – وكما أن للإدارة سلطة توقيع الغرامة عند التأخير فى تنفيذ الالتزام ، فإن لها أيضاً سلطة التنفيذ المباشر بأن تحل بنفسها محل المتعاقد المتخلف أو المقصر فى تنفيذ الالتزام أو تعهد بتنفيذه إلى شخص آخر . . » . وانظر فى نفس الاتجاه : نقض مدنى ١٩٦٤/٢/٦ طعن ٢٥٣ لسنة ٢٩ ق ، مجموعة أحكام النقض س ١٥ ص ٢١٣ رقم ٣٧ – نقض مدنى ١٩٦٥/١٠/٢٦ طعن ٤٧١ س ٣٠ ق مجموعة أحكام النقض س ١٦ ص ٩٢٢ رقم ١٤٥ – نقض ١٩٦٥/١١/٢٣ طعن ٨٧ لسنة ٣١ ق ، مجموعة أحكام النقض س ١٦ ص ١١٢٦ رقم ١٧٦ – نقض ١٩٦٦/٤/٧ ط ٣٢/٢٣٢ ق مجموعة النقض س ١٧ ص ٨٢٥ .

ولقد كان للقضاء الإدارى الفرنسى ، بقوله بإعمال نظرية الظروف الطارئة فى العقود الإدارية ، فضل غرس نواة هذه النظرية ، التى سرعان ماعم تطبيقها على كل العقود ، فى الكثير من البلاد ومن بينها مصر ، على نحو ماسنتبينه عند تناول تلك النظرية فى باب آثار العقد [١] .

٣٧ — تقسيمات العقــود فى الفقــه الإسلامى :

بخلاف مارأيناه فى الفكر القانون المعاصر ، لم يلجأ الفقه الإسلامى التقليدى إلى تقسيم عام شامل للعقود . وليس هذا بغريب . ففقهاء المسلمين لم يصلوا إلى حد وضع نظرية عامة للعقد ، تتضمن بين رحابها الأسس التى تقوم عليها العقود بوجه عام ، والأحكام المشتركة التى تسرى عليها كلها أو أكثرها ، شأنهم فى ذلك شأنهم فى كافة الموضوعات الأخرى ، حيث اقتصرت اجتهاداتهم على استنباط الحلول الفردية الخاصة بالمسائل المختلفة ، من غير أن يعمدوا إلى التأصيل والتركيز ، إلا فى أقل القليل . وإذا كان فقهاء المسلمين التقليديون لم يصلوا إلى وضع نظرية عامة للعقد ، فإنهم قد قنعوا بأن يأخذوا كل عقد على حدة ، ليبينوا قواعده وأحكامه ، حتى إذا مافرغوا منه ، انتقلوا إلى غيره . بل إنهم ، فى تناولهم للعقود المختلفة ، لم يراعوا منطقاً ولاضابطاً يهديهم فى ترتيب سردها . وإنما اتبع الكثير منهم ، فى سرد العقود التى تناولوها ، ترتيباً قائماً على محض التحكم . الأمر الذى أدى إلى وقوع اختلاف كبير فى ترتيب العقود عند فقهاء المسلمين ، على نحو ربما لايخلو من الإسراف والشطط [٢] .

---

(١) ومن الأمور التى يقع فيها التخالف بين العقود الإدارية والعقود المدنية ، على نحو ما يسير عليه الفكر القانونى الادارى ، عدم اعمال الدفع بعدم التنفيذ من المتعاقد مع جهة الإدارة — انظر فى ذلك : سليمان الطماوى ، العقود الادارية ط ٣ ص ٥٦٤ .

(٢) بل إن من فقهاء المسلمين من أورد أحكام العقود وفق ترتيب لا يتسق مع فن القانون وحسن صناعته ، ويتجافى مع ما عرف عن فقهاء المسلمين من علو كعبهم فى المنطق . ومن هؤلاء السرخى (القرن الخامس الهجرى) الذى بدأ بالوديعة (وهى عقد قليل الأهمية نسبياً) ، فى حين أن البيع (وهو أهم العقود قاطبة) لا يأتى عنده إلا فى المكان الخامس ، بعد الوديعة والعارية والشركة والهبة .

وإذا كان التقليديون من فقهاء المسلمين لم يلجأوا إلى تقسيم العقود ، فإن بعض الحديثين منهم ، متأثرين فى ذلك بالفقه القانونى المعاصر ، قد حاولوه ، وإن لم يصلوا فيه إلى ذروة النجاح [١] . ولعل أقرب تقسيمات العقود إلى المنطق ، فيما قال به فقهاء المسلمين الحديثون ، هو ذاك الذى قال به الأستاذ أحمد قدرى باشا فى مؤلفه القيم « مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان » . وهو يقوم على تقسيم العقود ، بحسب موضوعها ، إلى عقود ترد على الأعيان تمليكها بعوض (البيع) ، أو بغير عوض (الهبة) ، وعقود ترد على الأعيان لحفظها (الوديعة) أو لاستهلاكها ورد بدلها (القرض) ، وعقود ترد على عمل الإنسان [٢] . وقد أخذ القانون المدنى العراقى بهذا التقسيم (المادة ٧٤) .

وقد نحت « المجلة » منحى الفقه الإسلامى التقليدى . فلم تتعرض لتقسيمات العقود . واكتفت بسرد أحكام كل منها وفق ترتيب اتبعته ، لانرى فيه منطقاً ولا ضابطاً ولاحتى مجرد فكرة تجمع بين ماتقدم منها وما تلاه ، إلا فى القليل . وقد أفردت المجلة كتاباً خاصاً لكل عقد ، فيما عدا الوديعة والعارية حيث جمعتهما فى كتاب واحد ، أطلقت عليه عنوان « الأمانات » .

وقد استهلت « المجلة » العقود [٣] بالبيع ، ثم الايجار ، فالكفالة ، فالحوالة فالرهن ، فالوديعة والعارية ، فالهبة ، فالشركة ، فالصلح [٤] .

(١) ومن أهم تقسيمات الفقهاء الحديثين للعقود هو تقسيم العقود إلى عقود معاوضة (كالبيع والايجار) ، وعقود تبرع (كالهبة والعارية والوديعة بلا أجر) وأن كانوا يضيفون إلى هذين الصنفين من العقود صنفا ثالثاً يشمل ما يسمونه عقود تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء ، ويمثلون له بالكفالة والرهن . وهناك تقسيم آخر عند الفقهاء الحديثين ، يقوم على تجزئة العقود إلى ودائع أو أمانات (الوديعة والعارية والرهن) ووكالات (الوكالة والشركة) والتوثيقات (الكفالة والحوالة والرهن) .

(٢) راجع مرشد الحيران فى المواد ٢٦٣ — ٢٦٦ .

(٣) وذلك بعد أن انتهت ، فى المائة الأولى من موادها ، من تناول القواعد الفقهية العامة .

(٤) ولم تكتف المجلة ، فى سردها لأحكام العقود ، بعدم اتباع منطق ظاهر فى الترتيب ، بل انها لجأت إلى قطع هذا الترتيب بالتعرض لأمور لا تمت إلى العقود بصلة . فقد ذكرت أحكام الغصب والاتلاف والحجر والاكراه والشفعة ، فى الكتابين الثامن والتاسع بين الهبة والشركة .

٣٨ — هل العقود فى الشريعة الإسلامية واردة على سبيل الحصر ؟

عرفنا ، فيما سبق ، أن الفقه الإسلامى التقليدى تناول العقود عقداً عقداً ، دون أن يعمد إلى تقسيمها إلى الطوائف والفصائل التى يمكن تفريعها إليها . ولعل من أهم مايثيره هذا الاتجاه من تساؤلات هو معرفة ماإذا كانت العقود التى أوردها الفقه الإسلامى التقليدى ، والتى أضفى على كل منها بالضرورة اسماً يميزه عن غيره ، والتى يمكن ، بلغة القانون العصرى ، أن يطلق عليها اصطلاح « العقود المسماة » ، هى وحدها التى تجوز مباشرتها ، أم أنه يسوغ للناس أن يبرموا عقوداً أخرى غيرها ، وهى تلك التى تقابل فى القانون العصرى العقود غير المسماة أو غير المعينة ؟ وبعبارة أخرى ، هل العقود التى أتى بها الفقه الإسلامىواردة فيه على سبيل الحصر ؟

إن أهمية هذا الموضوع لاتخفى على أحد . أن ظروف الحياة تتغير على مر الزمن . بل هى تختلف ، فى الزمن الواحد ، من بلد إلى بلد . فهل يجب على المسلمين ، فى وقتنا الحاضر ، أن يعتبروا العقود التى أوردها الفقه الإسلامى مذكورة فيه على سبيل الحصر ، ومن ثم يتحتم عليهم أن يقنعوا بها فى تنظيم أمورهم ، أم أن لهم أن ينشئوا عقوداً أخرى لم تكن من قبل ، تتسق مع مااستجد من ظروف معاشهم ؟ وإذا أردنا أن نتخذ لذلك من واقع الحياة عندنا مثالا ، فلا يوجد أفضل من أن نسوق عقد التأمين . ففقهاء المسلمين لم يعرفوا هذا العقد . شأنهم فى ذلك شأن الأقدمين فى شرائع الدنيا قاطبة . فهل يحق لنا أن ستخلص من ذلك عدم جواز التجاء المسلمين إلى هذا العقد فى حين أنه أصبح اليوم ضرورة اجتماعية واقتصادية ليس لأى مجتمع متحضر عنها غناء ؟

لعل النظرة العابرة فى شريعة المسلمين تتيح لقائل أن يقول إن العقود التى أوردها فقهاؤها مذكورة فيها على سبيل الحصر ، وإنه لايسوغ إذن للمسلمين أن يبرموا غيرها .

ومن الممكن أن نجد لهذا الرأى دعامة فيما لجأ إليه الفقهاء ، فى صدد كل

عقد ، من البحث عن أصل يسند إليه ويبرر شرعيته ، سواء أكان هذا الأصل نصاً فى القرآن ، أو أثراً فى سنة رسول الله ، أو إجماعاً ، أو عرفاً ، أو حتى مجرد فائدة للناس . فلعله يحلو للبعض أن يستخلصوا من هذا السلوك أن العقود ، فى شريعة المسلمين ، لاتتجاوز تلك التى أوردها فقهاؤهم الأقدمون ، وأنه لايصح لنا الآن أن نلجأ إلى غيرها ، سيما أن نظرة الجمود والتزمت التى لازالت غالبة على أذهان الكثيرين ، قد تجعلهم يقصرون الاجماع والعرف والمصلحة على ماوقع منها فى صدر الإسلام ، دون ماعساه أن يقع منها الآن .

وثمة أمر ثان ، قد يرى فيه البعض دعامة أخرى للرأى القائل بورود العقود فى الشريعة الإسلامية على سبيل الحصر . ذلك أن الفقه الإسلامى ينظر إلى العقود التى يبيحها نظرة يغلب عليها الضيق ، الأمر الذى أدى بهم إلى أن يقصروا إباحتها على الحالات وفى الحدود التى كانت سائدة حين تقرير شرعيتها ، دون تلك التى تستجد بعدئذ [1] . كما أنه قد أدى بهم إلى حظر كثير من الشروط التى يتفق عليها العاقدان فى عقودهم ، بحجة أنها ليست من مقتضياتها ولا من ملاءماتها [2] . وإذا كان ذلك كذلك بالنسبة إلى العقود التى أوردها الفقه الإسلامى ، فرب قائل أن يزعم أن هذه النظرة الضيقة تملى علينا ألا نبيح العقود التى لم يوردها .

ومع ذلك فنحن نرى أن العقود فى ظل الشريعة الإسلامية غير واردة على سبيل الحصر . ومن ثم فيجوز تحت رحابها ممارسة أى عقد ، ولو لم يكن من العقود التى بينها فقهاؤها ، طالما كان فيه نفع للناس ، وبشرط واحد

---

(١) ومن ذلك ، مثلا ، ما قال به بعض الفقهاء من أنه لا يصح تأجير الأشجار لتجفيف الثياب عليها ، ولا تأجير الثياب لمجرد الزهو بها ، فى حين أن الفقه الإسلامى أجاز عقد الايجار عامة . وحجتهم أن عقد الايجار ، باعتباره مخالفاً للأصل العام فى الفقه الإسلامى الذى يقضى بعدم جواز التعامل فى الأشياء المستقبلة ، لم يسمح به إلا استحسانا لمصلحة الناس . ومن ثم فهو لايجوز إلا فى حدود تلك المصلحة . وكأن تأجير الأشجار لتجفيف الثياب عليها مثلا ، عديم الفائدة .

(٢) فعلى سبيل المثال ، حظر بعض الفقهاء ، فى عقد البيع ، اشتراط انتفاع البائع بالمبيع بعد تمام البيع . انظر شفيق شحاته ، المرجع السابق ، نبذة ١٢٠ .

هو ألا يكون مخالفاً لأصل أساسى من أصول الشرع الحنيف ، وبعبارة القانون المعاصر ، ألا يكون مخالفاً للنظام العام .

وسندنا فيما رأينا هو أنه لايوجد فى الفقه الإسلامى مايحظر ممارسة العقود التى لم ترد فيه . والقاعدة أنه ماليس بمحظور فهو جائز .

ثم إن الأصل فى الشريعة الإسلامية هو ، كما يقول الرسول صلوات الله عليه : « المسلمون عند شروطهم » . ومؤدى ذلك أن كل مسلم يلتزم باحترام الشرط الذى يقطعه على نفسه [١] ، طالما كان غير مخالف للدين . وواضح أن الحديث هنا ورد مطلقاً عاماً ، فلا يسوغ قصره على مجال دون آخر ، أو على عقد دون آخر . فالمطلق يجرى على إطلاقه ، إذا لم يقم دليل التقييد نصاً أو دلالة (المادة ٦٤ من المجلة) .

وفضلا عن هذا وذاك ، نجد الفقه الإسلامى ، فى عصره الذهبى ، يجيز الالتجاء إلى عقود جديدة ، إذا درج عليها العرف ، أو حتى كان فيها مصلحة للناس . بل ذهب إلى أكثر من ذلك ، حيث أجاز عقوداً لاتتفق تماماً مع الأصول التى نادى هو نفسه بها . ومن ذلك إباحته عقد الايجار ، برغم أنه يقوم على منفعة الشئ المؤجر للمستقبل ، وفى حين أن الأصل فى الشريعة الإسلامية أنها لاتجيز التعامل فى الأشياء المستقبلة . بل إن الفقه الإسلامى ، فى عصره الذهبى ، وصل ، فى سبيل التيسير على الناس وتحقيق منفعتهم ، إلى إباحة بيع السلم ، وهو بيع الشئ المستقبل بثمن يدفع حالا ، أو فى لغة الشرعيين ، هو بيع المؤجل بالمعجل ، فى حين أن هذا البيع ، إلى جانب كونه يرد على شئ مستقبل ، يقوم على شئ من الغرر ، والغرر أمر بغيض فى الإسلام .

مما سبق نخلص إلى أن العقود التى أوردها الفقه الإسلامى ليست واردة فيه على سبيل الحصر ، ومن ثم يجوز ، فى ظل الشريعة الإسلامية الغراء ، مباشرة أى عقد آخر ، ليواجه مايستجد عند الناس من حوائج وأمور ،

---

(١) راجع فى ذلك بدائع الصنائع جزء ٥ ص ٢٥٩ .

بشرط ألا يكون هذا العقد مخالفاً لأصل من أصول الدين الإسلامى ورفيع أخلاقياته . بل إنه ، قياساً على إباحة الفقه الإسلامى بعض العقود برغم أنها لاتتسق تماماً مع الاتجاهات التى ينادى بها ، كالإيجار وبيع السلم ، لانرى ثمة مايمنع ، تحت ظله ، من إباحة العقود التى تقتضيها حاجات الناس ومصالحهم ، حتى لو كانت غير متمشية تماماً مع اتجاهات الفقه الإسلامى ، بشرط ألا تكون ، بطبيعة الحال ، مخالفة لأصل جوهرى من أصول الشرع الحنيف . فالدين يسر لاعسر . ومارآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن ، كما قال الصحابى الكريم عبد الله بن مسعود . وعلى أية حال فالضرورات تبيح المحظورات .

ونريد بما قدمنا أن نصل إلى القول بأننا لانرى ، مثلا ، فى عقد التأمين (وقد بلغت أهميته الآن إلى الحد الذى أصبح معه متعذراً على أى مجتمع متحضر الاستغناء عنه) عقداً محظوراً فى شرع المسلمين .

الباب الأول

قيام العقد

٣٩ — لكى يقوم العقد ، يلزم أن تتوافر له أسس وجوده ، أى أركانه . وأركان العقد ، فى القانون المعاصر [1] عامة ، والقانون المدنى المصرى خاصة ، هى الرضاء والمحل والسبب [2] ، وذلك إلى جانب الشكل ، فى

---

(١) وفى الفقه الإسلامى ، إذا صرفنا النظر عن التفريق بين ما يسمى فيه ركن العقد وشرائطه ، حيث يكون أثر الإخلال فى الحالتين واحداً وهو البطلان ، وحيث يدخل ركن العقد وشرائطه فيما يسمى « أصل العقد » ، نستطيع أن نرد أركان العقد إلى اثنين أساسيين : هما التراضى والمعقود عليه ، أو المحل ، كما يسمى فى الفقه المعاصر . أما السبب ، باعتباره ركناً فى العقد ، فنجد المذاهب الإسلامية مختلفة بصدده .

(٢) على أن تصوير العقد على اعتبار أنه يقوم ، كأصل عام ، على ثلاثة أركان ، هى الرضاء والمحل والسبب ، لم يخل من النقد . فقد اعترض عليه البعض بمقولة إن العقد لا يقوم إلا على ركن واحد ، هو الرضاء ، أما المحل والسبب فهما ركنان فى الالتزام ، وليس فى العقد الذى يولده (انظر ممن يناصرون هذا الرأى : Colin et Capitant ج ٢ نبذة ٨٠ حشمت أبو ستيت ، نظرية الالتزام ج ١ نبذة ٧٢ — أنور سلطان ، مصادر الالتزام ، نبذة ٣٧) واعترض عليه البعض الآخر بمقولة إن الرضاء والسبب هما ركنا العقد ، أما المحل فهو ركن الالتزام (انظر : السنهورى ، الوسيط فى مصادر الالتزام ج ١ نبذة ٦٨) .

وإذا نظرنا إلى المحل ، باعتباره ، الأمر الذى يلتزم المدين بعمله أو بالامتناع عن عمله ، وجدناه يتمثل ، فى الحقيقة ، ركنا فى الالتزام بصفة مباشرة . ومع ذلك فهو ليس غريباً عن العقد . بل إنه يعتبر أيضاً ركناً فى العقد ، وإن كان ذلك بصفة غير مباشرة . إذ أن المحل المباشر للعقد ، باعتباره مصدراً للالتزامات ، هو ذات الالتزامات التى ينشئها . وهكذا فا يعتبر محلا مباشراً للالتزام يقع محلا غير مباشر للعقد الذى يولده . ونتيجة ذلك أن عدم توافر الشروط القانونية فى محل الالتزام لا يؤدى إلى عدم قيام هذا الالتزام فحسب ، بل يؤدى أيضاً إلى بطلان العقد الذى كان من شأنه أن يرتبه (المادة ١٣٢ و ١٣٣ و ١٣٥ مدنى) . وإذا كان الأمر كذلك ، فهمنا الاعتبار الذى أدى منذ القدم إلى الخلط بين محل الالتزام ومحل العقد ، وساغ أن نتناول محل الالتزام ، باعتباره ركناً فى العقد ، لا يقوم بغير توافره .

أما السبب ، فهو يعتبر ، فى الحقيقة ، ركناً فى *العقد* ، أكثر من اعتباره ، ركناً فى الالتزام الذى يتولد عنه . فالسبب ، بصفة عامة ، هو الغرض أو الغاية التى يقصدها المتعاقد من ارتضائه التحمل بالالتزام ، فهو شرط لقيام العقد . بل إننا لو أمعنا النظر ، لوجدناه شرطاً لازماً فى =

نوع خاص ضيق النطاق من العقود ، هى العقود الشكلية ، ودون إخلال بما عساه أن يتطلبه القانون أو حتى طبيعة الأمور ، فى خصوص عقد معين ، من أركان أخرى تكميلية (١) .

وسوف نتناول ، فيما يلى ، أركان العقد ، كلا فى فصل مستقل .

= الإرادة لكى يعتد بها القانون من حيث إنها تحمل صاحبها بالالتزام. فالقانون لا يعتد بالإرادة، من حيث إنها تؤدى إلى نشأة الالتزام ، إلا إذا استهدفت من وراء ذلك غاية مشروعة ، أى سبباً مشروعاً .

هكذا يبدو غير سليم النقد الذى وجه إلى الفكرة التقليدية التى سادت منذ عهد الرومان إلى الآن ، والتى تعالج المحل والسبب باعتبارهما ركنين فى العقد .

وعلى أية حال ، فليس لهذا النقد أية أهمية عملية . إذ أن الأمور التى تمس أياً من المحل والسبب، حتى لو اعتبرناهما ركنين فى الالتزام ، لا تثور إلا بصدد العقد ، وبمعنى أدق التصرف القانونى بوجه عام . من أجل ذلك نتمشى مع الفكرة التقليدية التى ترسى العقد على أركان ثلاثة ، هى التراضى والمحل والسبب .

(١) الرضاء والمحل والسبب ، إلى جانب الشكل فى العقود الشكلية ، هى أركان العقد بوجه عام . وهذا لا يمنع من أن يتطلب القانون، أو حتى طبيعة الأمور ذاتها ، فى خصوص عقد معين ، أركانا أخرى تكميلية . فالثمن ، مثلا ، ركن أساسى فى عقد البيع ، لا يقوم بغيره ، وكذلك الشأن فى الأجرة بالنسبة إلى عقد الإيجار . ومبدأ المساوة بين الشركاء ركن أساسى فى عقد الشركة ، بمعنى أنه يلزم أن يساهم الشركاء فى الربح وفى الخسارة ، ولا ينبغى أن يحرم أحد الشركاء من الربح ، كما أنه ينبغى ، كأصل عام ، ألا يعفى أحد الشركاء من الخسارة ، ومقتضى الإخلال بمبدأ المساواة بين الشركاء أن تقع الشركة باطلة .

الفصل الأول

الرضاء

٤٠ – العقد ، كما سبق أن بينا ، ارتباط الإيجاب بالقبول على إحداث أثر قانونى يرتبه القانون إعمالا له ، الأمر الذى يستلزم توافق إرادتى طرفيه . وهكذا فتوافق الإرادتين ؛ وهو مايعبر عنه بالرضاء أو التراضى ، هو قوام العقد وأساسه . فلاوجود للعقد ، إذا لم يتوافر الرضاء به ، وبعبارة أخرى يقع العقد باطلا .

بيد أن توافر الرضاء ، وإن مكن لقيام العقد ، إلا أنه يلزم أن يجئ صحيحاً سليماً ، وإلا اعترى الفساد العقد برغم قيامه ، وأصبح مهدداً بالزوال وبعبارة أخرى ، أصبح قابلا للإبطال .

هكذا يوجد ، بصدد التراضى أو الرضاء ، أمران أساسيان ، يلزم التحرز من الخلط بينهما . وهذان الأمران هما :

١ – وجود الرضاء ، حيث إن تخلفه يؤدى إلى وقوع العقد باطلا .

٢ – صحة الرضاء ، حيث إن فساده يؤدى إلى وقوع العقد قابلا للإبطال

ونتناول أولا وجود الرضاء ، ثم نعقب بصحة الرضاء .

المبحث الأول

وجود الرضاء

٤١ – الرضاء Consentement هو قوام العقد وأساسه . كما بينا فهو ركنه الأصيل الذى لايقوم بغير توافره .

ويقصد بالرضاء ، بمعناه العام، اتجاه الإرادة إلى الأثر القانونى المطلوب . وفى هذا المعنى ، يقال إن البائع قد ارتضى البيع ، والمشترى قد ارتضى الشراء ، والموصى قد ارتضى الوصية . ولكنه بالنسبة إلى العقد ، يعنى

الرضاء توافق إرادتى طرفيه وارتباطهما على إحداث الأثر القانونى المقصود منه .

ولكى يقوم الرضاء بالعقد ، لابد أن توجد إرادة لشخص محدد ، وأن تتجه هذه الإرادة إلى إحداث أثر قانونى معين ، وأن يخرجها صاحبها إلى العالم الخارجى ، بالتعبير عنها ، وأن تتطابق وترتبط مع إرادة أخرى ، معبراً عنها بدورها . وهكذا يلزمنا ، ونحن بصدد الكلام فى توافر الرضاء بالعقد ، أن نتكلم فى وجود الإرادة عند كل من العاقدين ، ثم فى التعبير عنها ، ثم فى توافقها وارتباطها مع إرادة المتعاقد الآخر . وحيث إنه يحصل فى بعض الأحيان أن يقوم شخص بإبرام العقد باسم آخر ولحسابه بصفته نائباً عنه ، تحتم أن نعقب بنظرية النيابة . وبعد كل ما سبق نختتم موضوعنا بتناول بعض صور خاصة فى التعاقد .

المطلب الأول

الإرادة

٤٢ — يجب ، بادئ ذى بدء ، لكى يتوافر الرضاء بالعقد ، أن توجد الإرادة لدى كل من طرفيه . فالإرادة هى أساس العقد والتصرف القانونى بوجه أعم . فإذا لم تكن الإرادة متوافرة فى كل من طرفى العقد ، أو حتى فى أحدهما ، ما أمكن للعقد أن يقوم .

ويقصد بالإرادة Volonté أن يعى الشخص أمر التعاقد الذى هو قادم عليه وينتهى إلى أن يقصده ، بأن يكون مدركاً ماهية التصرف الذى يجريه ، والحقوق والالتزامات المترتبة له أو عليه منه ، وأن يقصد ذلك كله [1] . فإذا انعدمت الإرادة فى أحد العاقدين عند إبرام العقد ، ماقام رضاه ،

(١) انظر نقض ٨ مارس سنة ١٩٣٤ ، مجموعة عمرج ١ رقم ١٦٩ ص ٣١٩ . وقد جاء فى هذا الحكم أن المقصود بالرضاء الصحيح فى المتصرف هو أن يكون مميزاً ، يعقل معنى التصرف ويقصده . والغرض من كونه مميزاً يعقل معنى التصرف أن يكون مدركاً ماهية هذا العقد والتزاماته فيه . أما كونه يقصده ، فالغرض منه بيان أنه لابد من إرادة حقه منه ، لقيام الالتزام الذى يتحمل به . وخلصت المحكمة من ذلك إلى تقرير بطلان سند بدين وقعة شخص لصالح زوجته ، حالة كونه مصاباً بحالة مرضية انتهت به إلى أن دفعته إلى الانتحار .

وبالتالى بطل العقد . ولا يهم بعد ذلك السبب الذى أدى إلى انعدام الإرادة . كما أنه لا أهمية لما إذا كان هذا الانعدام دائماً أو مؤقتاً ، مادام قد لحق العاقد عند إبرام العقد . ومثال الشخص الذى تنعدم عنده الإرادة الصغير فاقد الإدراك والتمييز . ومثاله أيضا مضطرب العقل لجنونه أو عتهه[١] ، حتى لو كان اضطرابه هذا عرضياً مؤقتاً. مادام قد أدى بالفعل إلى فقده الإدراك، وكان هذا الفقد فى الإدراك قائماً لديه عند إبرام العقد . ومثال عدم الإرادة كذلك من فقد وعيه بسبب المرض أو الشيخوخة[٢] أو السكر أو الغيبوبة أو التنويم المغناطيسى أو الإيحاء . ومثاله ، فى النهاية ، من أكره مادياً على إبرام العقد ، كما إذا أمسك شخص بيد آخر ويجعله يوقع على سند .

٤٣ — يبين مما سبق أنه يلزم ، لكى يتوافر الرضاء ، أن توجد الإرادة . بيد أن مجرد وجود الإرادة لايكفى . وإنما يلزم أن تتجه هذه الإرادة إلى إحداث أثر قانونى ، بمعنى أن يقصد صاحبها الارتباط بأمر معين ، على سبيل الجبر والإلزام الذى تكفله السلطة العامة ، وليس على أساس مجرد المحاملة أو التأدب أو التودد أو الإنسانية . وهذا ماعبر عنه الرومان بنية إبرام الصفقة

---

(١) راجع ما سوف نذكره فى خصوص حكم تصرفات المجنون والمعتوه قبل الحجر عليه وبعده ، نبذة ....

(٢) انظر نقض ٩ ديسمبر ١٩٥٤ ط ٣١٣ /٢١ ق مجموعة النقض س ٦ ص٢٥٧ قاعدة ٣٣ . وتتلخص وقائع الدعوى التى صدر فيها الحكم فى أن شخصاً تقدم به العمر وأناخ عليه المرض وضعفت منه الإرادة ، فعمد بعض أولاده إلى التسلط عليه وجعلوه يجرى بعض التصرفات فى أمواله إضراراً بباقى أولاده وزوجتيه ، الأمر الذى أدى برفع دعوى الحجر عليه للعته ، ولكنه مات قبل صدور قرار الحجر . رفع الورثة الذين صدرت التصرفات إضراراً بهم دعوى طالبوا فيها ببطلان تلك التصرفات ، تأسيساً على ضعف الإرادة عند المتصرف وقت إجرائها . قضت محكمة الموضوع بإجابة طلبهم ، وباركت المحكمة العليا هذا القضاء . وجاء فى حكمها : « إذا كان الواقع فى الدعوى أنه قدم طلب . . . بتوقيع الحجر على شخص للعته وضعف الإرادة وفقدان الأهلية ، ولم يصدر المجلس الحسبى (وهو الهيئة التى كانت تتولى الحكم فى مسائل الأهلية والولاية على المال بدلا من محكمة الأحوال الشخصية الآن) قراره بسبب وفاته أثناء تحقيق الطلب ، فرفع بعض ورثته الدعوى بطلب بطلان التصرفات الصادرة منه إلى بقية الورثة ، وكان الحكم إذ قضى ببطلان هذه التصرفات قد أثبت بالأدلة السائغة التى أوردها أن هذا الشخص كان فى حالة من ضعف الإرادة لا تتوافر معها صحة الرضا بالعقود الصادرة منه ، وهو ما جعله أساساً لبطلانها ، فإن النعى على الحكم بمخالفة القانون فى هذا الخصوص يكون على غير أساس » .

animus negocii contrahendi [١] . فلاعـبرة قانوناً بالإرادة إذا قصدت مجرد التمشى مع مقتضيات الشهـامة والمجاملة وحسن الأخلاق فحسب ، كما إذا دعا شخص آخر إلى أن يتناول عنده الطعام ، أو دعاه ليركب معه فى سيارته ليوصله إلى داره بالمجان [٢] . فالاتفاق الذى يتم فى مثل هذه الحالة لايعتبر عقداً قانونياً ، ولايتولد عنه بالتالى أى أثر قانونى ، وإن أمكن اعتباره اتفاقاً أدبياً ، أو اتفاق شرف [٣] تتواجد عنه واجبات أخلاقية أو أدبية فحسب .

ثم يلزم أن تكون الإرادة ، فى قصدها إحداث الأثر القانونى ، جادة غير هازلة . فلا عبرة بإرادة الهازل ، كما إذا ذهبت لتشترى شيئاً ، ولما أفصحت للبائع أنه يبالغ فى الثمن الذى يطلبه عنه ، قال لك « خذه بدون مقابل » . فالبائع هنا ، فى عرضه إعطائك الشئ بلا ثمن ، هازل غير جاد ، فلا يعتد قانوناً بعرضه هذا .

ويأخذ حكم الإرادة غير الجادة تلك التى تجئ معلقة على محض المشيئة من صاحبها ، كما إذا قال شخص لآخر : « أبيعك منزلى حينما يحلو لى

(١) راجع : Josserand ، فى تعليقه على حكم النقض الفرنسية – عرائض – ١٩ مارس ١٩٢٧ ، D. P. –١–١٣٧ .

(٢) وقد استخلص الفقه والقضاء ، من أن النقل بالمجان لا يعتبر عقداً ، عدم قيام المسئولية العقدية على الناقل ، إذا ما وقعت ، أثناء النقل ، حادثة ألحقت الضرر بالمنقول ، تاركين إياه يقنع بالمسئولية التقصيرية ، وبذلك يحرم المنقول بالمجان من الإفادة من فكرة الالتزام بالسلامة obligation de securité الواقع على عاتق الناقل ، فى عقد النقل بمقابل ، أو فى عقد النقل بلا نعت ولا تخصيص . إذ أن عقد النقل لايكون الا بمقابل (راجع Josserand فى مؤلفه Les Transports نبذة ١٠٣ ، حيث يقول إن الثمن عنصر أساسى فى تكوين عقد النقل ، لا تقل أهميته عن البضاعة المنقولة ذاتها) . ولم يكتف الفقه والقضاء ، فى حالة المنقول بالمجان ، برفض المسئولية العقدية تأسيساً على انتفاء عقد النقل ، بل ذهبا إلى رفضها ، اعتباراً بأنه لايوجد عقد على الإطلاق ، رافضين بذلك فكرة نادت بقيام عقد غير مسمى من عقود التبرع . انظر فى ذلك : —

Leservoisier. la responsabilité civile resultant du transport gratuit de personnes en droit français et en droit anglais.

(٣) ويطلق فى اللغة الانجليزية على مثل هذا الاتفاق اصطلاح gentleman agreement .

أو عندما أريد » . فالإرادة هنا تعتبر غير موجودة أصلا ، لأن الإرادة عند الإرادة مؤداها حالا انتفاء الإرادة ، ومن ثم لايقوم العقد، لا باعتباره باتاً ، ولاحتى باعتباره معلقاً على شرط واقف (المادة ٢٦٧) .

ويلزم لذلك أن تكون الإرادة ، فى قصدها إحداث الأثر القانونى ، حقيقية ، بأن تبتغيه فى واقع الأمر ، وليست صورية ، بمعنى أن تظهر على نحو يدل على أنها تبتغى إحداث الأثر القانونى ، حالة كونها لاتبتغيه فى الحقيقة . فالإرادة الصورية ، أى تلك التى لاوجود لها فى حقيقة الواقع ، لاتنشئ عقداً ، وإن أمكن لها أن تتيح لبعض الأشخاص أن يعتدوا بقيام العقد الذى صورته على خلاف الواقع ، تأسيساً على فكرة أن المظهر الخادع الذى خلقته يحمى المخدوع ، وليس تأسيساً على مجرد قيام العقد (راجع المادة ٢٤٤) .

٤٤ — إثبات توافر الإرادة :

لم يعرض المشرع المصرى ، شأنه فى ذلك شأن غيره من مشرعى الأغلبية العظمى من البلاد [١] ، لأمر إثبات توافر الإرادة لدى الشخص . ومؤدى القواعد العامة فى الإثبات أن الأصل هو افتراض توافر الإرادة ، وعلى من يدعى عدم توافرها لدى شخص معين أن يقيم الدليل على انتفائها . ذلك لأن الغالب لدى الناس تمتعهم بالإرادة . فهو من ثم الأمر الظاهر بينهم . والقاعدة أن على من يدعى خلاف الظاهر أن يثبت مايدعيه .

وإذا كان الأصل هو افتراض توافر الإرادة لدى الشخص ، فإنه يستثنى من هذا الأصل الحالة التى يقرر فيها القانون نفسه انعدام الأهلية . إذ أن انعدام الأهلية يعنى بالضرورة انعدام الإرادة ، تأسيساً على أن الأهلية

---

(١) وقد سار القانون المدنى الكويتى على نهج مخالف ، إذ أنه عرض لأمر إثبات توافر الإرادة وقننه على النحو الذى يتوافق مع ما تقضى به القواعد العامة ، وهو فى ذلك يقول ، فى المادة ٢/٣٣ منه بأنه: « ويفترض توافر الإرادة عند إبرام التصرف ، ما لم يثبت العكس أو يقض القانون بخلافه » .

تدور مع الإرادة كمالا وعدماً ونقصاناً [١] . وانعدام الأهلية ، وبالتالى انعدام الإرادة ، نجده فى الصبى غير المميز (المادة ١١٠) وفى المجنون والمعتوه بعد تسجيل قرار الحجر عليهما ، وحتى قبل ذلك إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد أو كان الطرف الآخر على بينة منها (المادة ١١٤)

وتوافر الإرادة من عدمه لدى الشخص مسألة من مسائل الواقع ، يترخص قاضى الموضوع فى تقديره بغير معقب عليه فى ذلك من محكمة النقض ، وذلك مع استثناء الحالات التى يكون من شأن القانون فيها أن يقرر انعدام الأهلية وبالتالى انعدام الإرادة ، حيث يخضع قاضى الموضوع ، فى خصوص تلك الحالات ، لرقابة المحكمة العليا .

المطلب الثانى

التعبير عن الإرادة

٤٥ — رأينا أنه يلزم ، لتوافر الرضاء أو التراضى بالعقد ، أن توجد الإرادة فى كل من طرفيه ، وأن تتجه إلى إحداث الأثر القانونى المقصود منه ، بشرط أن تكون فى ذلك جادة غير هازلة ، وحقيقية وليست صورية .

ولاشك أن الإرادة هى أساس الرضاء وقوامه . بيد أن القانون لايهتم بها طالما بقيت فى مكمنها تخالج من صاحبها النفس والنية والضمير . فهى ، على حالها هذه ، مجرد إحساس أو شعور . والقانون لايهتم بمجرد المشاعر والأحاسيس ، مادامت باقية فى حيز النفس ، لاتخرج منها إلى العالم الخارجى [٢] .

فلابد إذن ، لكى يتوافر الرضاء بأمر ما ، أن تخرج الإرادة التى قصدته من نفس صاحبها إلى العالم الخارجى الملموس . ويتم ذلك بالإفصاح أو التعبير عنها . من أجل ذلك نجد المادة ٨٩ تقضى بأنه « يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفاه التعبير عن إرادتين متطابقتين ، مع مراعاة مايقرره القانون فوق ذلك

---

(١) راجع مؤلفنا نظرية الحق ، نبذة ٦١ .

(٢) انظر مؤلفنا : نظرية القانون ، نبذة ٣ مكرر .

من أوضاع معينة لانعقاد العقد » . فهذا النص لايقول إن العقد يتم بمجرد توافق الإرادتين ، ولكنه حرص على أن يذكر أن العقد يتم عند تبادل التعبير عن هاتين الإرادتين المتوافقتين [١] . وفى تطلب التعبير عن الإرادة يتفق القانون المصرى خاصة والقانون المعاصر عامة مع الفقه الإسلامى [٢] .

هكذا نخلص إلى أن الرضاء بالعقد يقوم على توافق إرادتين ، بعد أن يتم التعبير عن كل منهما . أما إذا توافقت إرادتان ، حالة كونهما كامنتين فى حيز النفس ، أى دون أن يحصل التعبير عنهما ، كما إذا اقتصر الأمر عند شخصين ، على أن راودت أحدهما نفسه أن يبيع للآخر منزله بثمن معلوم ، وراودت الآخر نفسه بأن يشترى ذاك المنزل بنفس الثمن ، فلايعتبر ذلك رضاء يقوم العقد على أساسه [٣] . من هنا تبرز أهمية التعبير عن الإرادة .

٤٦ — كيف يحصل التعبير عن الإرادة :

رأينا أن القانون لايهتم بالإرادة ، باعتبارها مكونة للرضاء ، إلا إذا حصل التعبير عنها . وعلينا الآن أن نحدد كيفية حصول هذا التعبير .

والقاعدة أنه لاتوجد طريقة خاصة للتعبير عن الإرادة . فللشخص أن يعبر عن إرادته بالشكل الذى يحلو له . وماذلك إلا مجرد تطبيق لمبدأ رضائية

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية عن المادة ١٣٥ من المشروع التمهيدى التى أصبحت بنصها تقريباً المادة ٨٩ من القانون ما يأتى : « قطع المشروع بإيثار مذهب الإرادة الظاهرة بصورة واضحة فى هذا النص ، فلم يتطلب لانعقاد العقد توافق إرادتين ، بل استلزم تبادل التعبير عن إرادتين متطابقتين (راجع مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٩) .

(٢) وفى ذلك يقول ابن تيمية ، فى مختصر الفتاوى الهندية (ص ٥٤٧) « إذا نوى (رجل) طلاق زوجته ، لم يقع بمجرد النية طلاق ، باتفاق العلماء » .

(٣) وإذا كان الرضاء لايقوم بغير الإرادة ، ولا تتوافر الإرادة فى المتعاقد ، إلا إذا وعى وتدبر أمر التعاقد الذى هو قادم عليه ، وانتهى إلى أن يقصده ، وإذا كان توافر الإرادة وحده لا يكفى ، وإنما يلزم أن تخرج إلى العالم الخارجى الملموس ، ويتم ذلك عن طريق التعبير عنها ؛ إذا كان ذلك كله ، فإنه يمكن أن يقال إن الإرادة ، التى يعتد بها القانون فى إنشاء العقود والتصرفات القانونية بوجه عام ، تمر بمراحل ثلاث : التدبير والتقرير والتعبير . والمرحلتان الأوليان نفسيتان . أما الثالثة فتأخذ مظهراً مادياً .

العقود ، الذى يقضى بأن العقد يقوم بمجرد توافر الرضاء به ، دون ماضرورة لمجئ التعبير عن الإرادة فى شكل أو فى آخر . ولايستثنى من قاعدة حصول التعبير عن الإرادة بأى شكل أو طريقة ، إلا الحالات التى يستلزم فيها القانون شكلا خاصاً لقيام العقد ، كما هى الحال بالنسبة للهبة والرهن الرسمى ؛ إذ يتحتم هنا أن يجئ التعبير عن الإرادة فى الشكل الذى رسمه القانون .

هكذا يبين أنه وفقاً للقاعدة العامة ، يسوغ أن يحصل التعبير عن الإرادة دون تقيد بطريقة معينة أو بشكل خاص . وفى ذلك تقضى المادة ٩٠ / ١ بأنه « ١ — التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً ، كما يكون باتخاذ موقف لاتدع ظروف الحال شكاً فى دلالته على حقيقة المقصود » .

فيصح أن يحصل التعبير عن الإرادة باللفظ ، كما هو الغالب عملا ، كما إنه يسوغ أن يقع بالكتابة ، سواء أكانت مخطوطة أم مطبوعة أم مكتوبة على الآلة الكاتبة ، وسواء أجاءت فى سند أم فى رسالة ، وسواء أكان العقد عرفياً أم رسمياً . ولايوجد ثمة مايمنع من أن يحصل التعبير عن الإرادة بالإشارة ولو من غير الأخرس ، مادامت متداولة عرفاً تداولا لايثير شكاً فى حقيقة مدلولها ، كهز الرأس عمودياً دلالة على القبول ، وكهزها أفقياً أو هز الكتفين دلالة على الرفض . ويسوغ أن يتم التعبير عن الإرادة بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضى ، ولو لم يصحبها كلام ، كما إذا أعطيت خمسة قروش لبائع الصحف فناولك الصحيفة . وهذا هو المعروف فى الفقه الإسلامى تحت اسم « تعاقد المعاطاة » . كما أن التعبير عن الإرادة قد يحصل فى النهاية، باتخاذ موقف معين لاتدع ظروف الحال شكاً فى دلالته على حقيقة المقصود ، كما إذا عرض تاجر على الجمهور بضاعته معلقاً عليها الثمن ، وكما إذا وقفت سيارة الأجرة فى انتظار من يريدها ، وكما إذا وضع شخص آلة معينة تؤدى للجمهور تلقائياً خدمات خاصة نظير ثمن محدد، كالآلات التى تقدم فى بعض

البلاد المشروبات الباردة أو الساخنة والموازين الميكانيكية [١] .

٤٧ — التعبير الصريح والتعبير الضمني :

رأينا أن التعبير عن الإرادة لا يتقيد ، كقاعدة عامة ، بطريقة معينة أو بشكل خاص . فسواء أن يجئ باللفظ أم بالكتابة أم بالإشارة أم بالمبادلة

---

(١) وفى هذا كله ، يتفق الفقه الإسلامى فى مجموعة مع القانون المعاصر عامة والقانون المصرى خاصة ، مع خلاف بسيط فى المذاهب . ولعل أقرب المذاهب الإسلامية إلى القانون المعاصر فى هذا المجال ، هو المذهب المالكى . فالمالكية يجيزون التعبير عن الإرادة باللفظ الذى يدل عليها عرفا ، حتى ولو لم يدل عليها لغة ، ودون تقيد فى ذلك بصيغة الماضى أو المضارع أو الأمر . كما أنهم يجيزون التعاقد بالكتابة والإشارة والمعاطاة . وهم لا يقيدون الإشارة بأن تكون من الأخرس ، مستندين فى ذلك إلى قوله تعالى : «آيتك ألا تكلم الناس ثلاثة أيام إلا رمزا» ، اعتباراً بأن المقصود بالرمز هو الإشارة . ويقترب المذهب الحنبلى من المذهب المالكى فى التوسع فى طريقة التعبير عن الإرادة . أما المذهب الحنفى ، فهو وإن كان كسابقيه متحرراً بدوره بالنسبة إلى طريقة التعبير عن الإرادة ، إلا أنه يقل عنهما بعض الشىء . فهو ، وإن أجاز التعبير عن الإرادة بالمشافهة والإشارة والكتابة والمعاطاة ، إلا أنه ، من ناحية أولى ، يقيد اللفظ بوجوب وروده على صيغة الماضى أو المضارع ، دون صيغة الأمر كأصل عام . ومن ناحية ثانية ، هو لايجيز التعبير عن الإرادة بالإشارة إلا للعاجز عن التعبير بغيرها ، أما القادر على التعبير بغير الإشارة ، فلا تنفع منه إشارته ، بل عليه أن يعبر بما يستطيعه مما هو أقوى منها فى الدلالة ، لفظاً مثلا أو كتابة (راجع : محمد يوسف موسى ، الفقه الإسلامى ، مدخل لدراسته ، نظام المعاملات فيه ، طبعة ٣ بند ٤٨١ و ٤٨٢ والمراجع التى يشير إليها) . أما المذهب الشافعى ، فهو يعمل على التشدد والتضييق . إذ أنه لا يجيز التعاقد بالكتابة ولا بالمعاطاة ، كما أنه لا يجيز التعاقد بالإشارة إلا للأخرس .

ويلاحظ أن كثرة من فقهاء المسلمين ، لاسيما فقهاء المالكية والحنابلة والشافعية ، بالنسبة إلى التعبير عن الإرادة ، يخصون الزواج بحكم متميز عن غيره من العقود ، نظراً لجلاله وخطره ولما فيه من معنى العبادة للمولى عز شأنه . فهم يشترطون ، فى صدده ، أن تكون الألفاظ المستعملة للدلالة على إرادته مشتقة من مادتى نكح وزوج ، إن كان المتعاقدان يفهمان العربية . ويستشهدون لما يذهبون إليه ، بأن هذين اللفظين وردا فى القرآن ، فلابد من التزامهما ، اقتضاء به ، وذلك إذ يقول تعالى فى سورة *النساء* : «*ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف*» ، كما يقول فى سورة الأحزاب : «فلما قضى زيد منها وطرا زوجناكها» . والأحناف يخالفون هنا فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة . ويجيزون التعبير عن الإرادة *فى الزواج بأى لفظ* ، *دون التقيد* بلفظ الزواج أو النكاح ، ما دام هو يدل على التمليك فى الحال ، وبشرط فهم الشهود للمقصود (انظر : محمد يوسف موسى ، المرجع السابق) .

الفعلية أو التعاطى ، أم باتخاذ موقف يدل على حقيقة المقصود بغير شك أو غموض . وأياً ماكان السبيل الذى يتخذه التعبير عن الإرادة ، فإنه لايلزم ، كقاعدة عامة ، أن يكون هذا التعبير صريحاً ، بل يصح أن يجىء ضمنياً . وفى هذا تقضى المادة ٢/٩٠ بأنه : « ويجوز أن يكون التعبير عن الإرادة ضمنياً ، إذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على أن يكون صريحاً » .

ويكون التعبير عن الإرادة صريحاً ، إذا اتخذ صاحبه سبيلا يدل على إرادته بطريق مباشر ، من غير حاجة إلى إعمال الفكر فى الاستنتاج المنطقى . ومثال ذلك أن أقول لك ، لفظاً أم كتابة ، إننى أرغب فى أن أبيعك منزلى بثمن معين . فى هذا القول ، تعبير صريح عن الإرادة . لأنه يدل بطريق مباشر على رغبتى فى البيع ، دون حاجة لاستخلاص هذا المعنى عن طريق الاستنتاج من أمور أخرى . ومثال التعبير الصريح أيضاً أن يعرض شخص على آخر أن يبيعه شيئاً بثمن محدد ، ثم يسأله عما إذا كان يقبل شراءه ، بهذا الثمن فيومىء هذا برأسه دلالة على القبول . فإشارة الرأس هنا تعبير صريح عن الإرادة ، لأنها تدل على رغبة صاحبها فى الشراء بطريق مباشر . ومثال التعبير الصريح عن الإرادة ، فى النهاية ، وقوف سيارة الأجرة فى انتظار راكب يستأجرها . فهذا الموقف من سائق السيارة يدل بطريق مباشر على رغبته فى أن ينقل من يريد بالثمن المعلوم .

ويكون التعبير عن الإرادة ضمنياً ، إذا كان السبيل الذى يلجأ الشخص إليه لا يدل على الإرادة بطريق مباشر ، ولم يبتغ به ذلك بصفة أساسية ، وإنما هو يدل عليها بطريق غير مباشر ، وبعد إعمال الفكر فى الاستنتاج المنطقى[1] .

---

(١) وقد عرضت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى للتعبير الضمنى عن الإرادة والتفريق بينه وبين التعبير الصريح ، وذلك فى تعليقها على الفقرة الثانية من المادة ١٢٤ منه ، التى اصبحت بذات نصها الفقرة الثانية من المادة ٩٠ من القانون المدنى . وهى ، فى هذا الخصوص ، تقول إنه : « أما الفقرة الثانية من المادة ١٢٤ ، فقد أخذت عن المادة ١٠٧٩ من *التقنين البرازيلى* . وهى تتناول مسألة التفرقة بين التعبير الصريح والتعبير الضمنى عن الإرادة. وهذه التفرقةليست =

ومثال ذلك أن يتنازع الدائن والمدين على وجود الدين ، ثم يأتى المدين فيطلب أجلا لوفائه ، أو يقدم تأميناً لضمانه ؛ فنى ذلك من المدين اعتراف ضمنى بالدين . ومثال ذلك أيضاً أن تنتهى مدة الإيجار ، ومع ذلك يبقى المستأجر منتفعاً بالعين ، بعلم المؤجر وبغير اعتراض منه ، فيتجدد الإيجار تجديداً ضمنياً ، بنفس شروط الإيجار المنقضى ، ولكن للمدة المحددة لدفع الأجرة [1] (المادة ٥٩٩ / ١ مدنى) .

= بمجردة من الأهمية العملية ، فقد يستلزم القانون أحياناً ، وقد يشترط المتعاقدون أنفسهم فى بعض الفروض ، وجوب التعبير الصريح عن الإرادة لإبراز أهمية التصرف القانونى الذى يراد عقده . و بين مختلف المعايير التى تداولها الفقه فى هذا الصدد ، يوجد معياران ، هما أكثر هذه المعايير ذيوعاً : أولهما يحتكم إلى فكرة المألوف وغير المألوف فى أسلوب التعبير أو طريقته . ويرى أصحاب هذا المعيار أن التعبير يكون صريحا ، إذا كان أسلوب الإفصاح عن الإرادة من الأساليب المألوفة ، ويكون على النقيض من ذلك ضمنيا ، إذا لم يكن أسلوب الإفصاح من بين الأساليب التى ألف الناس استعمالها فى هذا الشأن ، بحيث لا يتاح استخلاص دلالة التعبير فى الصورة الأخيرة إلا من طريق الاستنتاج . أما المعيار الثانى فيرى أصحابه أن التعبير يكون صريحا أو ضمنيا ، تبعاً لما إذا كان مباشراً أو غير مباشر . ويراعى أن الفارق العملى بين هذين المعيارين ضئيل ، إن لم يكن معدوما . فالأسلوب المألوف فى التعبير عن الإرادة هو فى الوقت ذاته الأسلوب المباشر ، فى حين أن الأسلوب غير المباشر ليس ، فى الغالب ، بالأسلوب المألوف . ومهما يكن من شىء ، فقد آثر المشروع ألا يفصل فى المسألة بنص تشريعى ، تاركا أمر البحث عن المعيار السليم لاجتهاد الفقه والقضاء . ومع ذلك ، فمن المحقق أن اتخاذ موقف معين ، أو التزام سلوك بالذات ، للإفصاح عن الإرادة لا يستتبع حتما أن تكون هذه الإرادة ضمنية . فمن صور السلوك فى بعض الفروض ، ماقد يعتبر أسلوبا مباشرا مألوفاً فى الإفصاح عن الإرادة ، ويكون بهذه المثابة تعبيراً صريحاً » . راجع مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ١٤ .

(١) فنى هذه الحالة ، يقوم إيجار جديد على أنقاض الإيجار القديم المنقضى ، وإن كان يتفق معه فى كل شروطه باستثناء المدة . والإيجار الجديد يقوم على إرادة ضمنية مزدوجة ، من المؤجر والمستأجر كليهما . فالمستأجر ، ببقائه منتفعاً بالعين بعد انتهاء الإيجار الأصلى ، يعرض ضمنياً إرادته بابرام الإيجار الجديد . والمؤجر بدوره ، بعلمه بما فعله المستأجر وعدم اعتراضه عليه ، يقبل ضمنياً عرض هذا الأخير . فيقوم الإيجار الجديد (راجع مؤلفنا عقد الإيجار نبذة ٣٠٠–٣٠٢).

ومن أبرز حالات التعبير الضمنى الذى تقوم العقود عليه كذلك حالة التجديد الضمنى لعقد العمل . فإذا أبرم عقد العمل لمدة محددة ، وانتهت ، ومع ذلك استمر العامل وصاحب العمل فى تنفيذ الالتزامات الذى يرتبها العقد عليهما ، اعتبر العقد متجدداً بنفس شروط العقد القديم الذى انقضى ، ولكن لمدة غير محددة (المادة ٧٢ من قانون العمل الصادر برقم ١٣٧ / ١٩٨١) . انظر فى التجديد الضمنى لعقد العمل ، مؤلفنا : قانون العمل الكويتى ، نبذة ٢٣٩ .

يظهر مما سبق أن التعبير عن الإرادة قد يكون صريحاً ، وقد يجيء ضمنياً . والقاعدة أن هذين النوعين من التعبير عن الإرادة يقعان صالحين ، بمعنى أنه يعتد بالإرادة سواء أعبر عنها صراحة أم ضمنياً . ولايستثنى من هذه القاعدة إلا الحالات التى ينص فيها القانون أو الاتفاق على ضرورة حصول التعبير الصريح .

٤٨ — هل يصلح السكوت تعبيراً عن الإرادة ؟

ثار الجدل حول ماإذا كان السكوت [١] ، يصلح تعبيراً عن الإرادة ، أو لايصلح . ومفتاح هذه المسألة هو فى تبين ماإذا كان سكوت الشخص يعتبر موقفاً من شأنه أن يدل على حقيقة مقصوده بغير شك أو غموض ، أم لا . فإن كان الجواب بنعم ، صح السكوت تعبيراً عن الإرادة ، وإن كان بلا ، ما صلح لذلك .

وإذا طبقنا هذا المعيار ، وجدنا أن السكوت لا يصلح بالضرورة تعبيراً عن الإرادة بالنسبة إلى الإيجاب بالعقد . فالعقد يبرم ، كما سنبنيه بعد قليل ، على مرحلتين أساسيتين ، هما الإيجاب والقبول . ويقصد بالإيجاب العرض

---

(١) ويجب عدم الخلط بين السكوت والتعبير الضمنى عن الإرادة . فالسكوت والتعبير الضمنى عن الإرادة، وإن اتفقا معاً فى وجوب إعمال الاستنتاج المنطقى للوصول إلى حقيقة القصد ، فإنهما يختلفان فى طبيعتهما . إذ أن التعبير الضمنى يقوم على وضع إيجابى يصدر من المتعاقد ، وإن لم يدل على إرادته بطريق مباشر . أما السكوت ، فهو مجرد صمت عن الرد . فهو إذن وضع سلبى ، وإن أمكن فى بعض الأحيان أن يستدل منه على الإرادة . وإذا كان التعبير الضمنى عن الإرادة يصلح للايجاب والقبول ، فإن السكوت لا يصلح إلا للقبول ، بل هو لا يصلح للقبول ، إلا إذا لابسته ظروف خاصة من شأنها أن تدعم دلالته عليه ، على نحو ما سوف نبنيه فى المتن بعد قليل . انظر ، فى خصوص التفريق بين السكوت والتعبير الضمنى عن الإرادة ، المذكرة الإيضاحية للمادة ١٤٢ من المشروع التمهيدى، التى أصبحت المادة ٩٨ من القانون المدنى بعد إجراء بعض التغيير فى الصياغة . وقد جاءت فى مستهلها تقول : «١ — ينبغى التفريق بين التعبير الضمنى عن الإرادة وبين مجرد السكوت . فالتعبير الضمنى وضع إيجابى ، أما السكوت فهو مجرد وضع سلبى . وقد يكون التعبير الضمنى ، بحسب الأحوال ، إيجاباً أو قبولا ، أما السكوت فمن الممتنع على وجه الاطلاق أن يتضمن إيجاباً ، وإنما يجوز فى بعض فروض استثنائية أن يعتبر قبولا .... (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٥٧) » .

الذى يتقدم به مبادءة أحد العاقدين للآخر ، تاركاً له أمر قبوله أو رفضه . وهو ، بهذه المثابة ، يجب أن يتضمن بياناً واضحاً لطبيعة الصفقة المراد إبرامها وشروطها الأساسية . والسكوت ، بطبيعة الحال ، لايصلح وسيلة لهذا البيان . وهكذا نصل إلى أن السكوت ، لايصلح تعبيراً عن الإرادة ، بالنسبة إلى الإيجاب [1] .

ولكن إذا كان السكوت لايصلح تعبيراً عن الإرادة بالنسبة إلى الإيجاب فهل يصلح تعبيراً عنها بالنسبة إلى القبول ؟

ثار هذا التساؤل فى حالات عملية كثيرة . ومن هذه الحالات ، إرسال صاحب صحيفة جديدة أعدادها لأحد الأفراد ، عارضاً عليه بذلك الاشتراك فيها لمدة معلومة . فإن سكت المرسل إليه عن رد تلك الأعداد ، فهل يعتبر سكوته هذا تعبيراً عن إرادته بقبول الاشتراك ؟ وحصل أيضاً أن أرسل أحد البنوك لعميل من عملائه خطاباً ينبئه فيه أنه قيد اسمه فى قائمة المكتتبين فى مشروع معين بعدد من الأسهم ، وأنه احتسب قيمة هذه الأسهم فى حسابه الجارى ، وسكت العميل ، فلم يرد على البنك قبولا أو رفضاً ، فهل يعتبر سكوته هذا قبولا للاكتتاب ؟ وإذا أرسل تاجر لأحد زبائنه عينة من بضاعة ذاكراً له أن عدم ردها يعتبر منه قبولا لشراء كمية منها ، فهل يقع السكوت من العميل هنا بمثابة القبول ؟

وحكم هذا الموضوع أن السكوت بذاته ومجردة ، أى السكوت الذى لايقترن بظروف من شأنها أن تدعم دلالته ، وبعبارة أخرى ، السكوت البسيط ، لايصلح تعبيراً عن الإرادة ، حتى بالنسبة إلى القبول . وعلة هذا الحكم أن السكوت بمجرده وذاته لايمكن أن يقطع فى دلالته على شىء ، أو أنه ، كما تقول القاعدة الشرعية ، لاينسب لساكت قول [2] ، فى حين

---

(١) وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى تعليقا على المادة ١٤٢ منه ، بعد أن أبرزت أن التعبير الضمنى عن الإرادة يصلح لأن يكون إيجاباً أو قبولا ، استطردت تقول : « أما السكوت فمن الممتنع على وجه الإطلاق أن يتضمن إيجابا ، وإنما يجوز ، فى بعض فروض استثنائية ، أن يعتبر قبولا (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٩٨) » .

(٢) وقد تضمنت المجلة هذه القاعدة فى المادة ٦٧ منها .

أن الموقف الذى يتخذه الشخص لايصلح تعبيراً عن إرادته ، إلا إذا كانت ظروف الحال لاتدع شكاً فى دلالته على حقيقة مقصودة (المادة ٩٠ / ١) .

وتطبيقاً لهذه الفكرة ، حكم بأن سكوت الشخص الذى أرسل إليه صاحب الصحيفة أعدادها ، بغية اشتراكه فيها ، عن ردها وعن إبداء رأيه فى قبول هذا الاشتراك أو رفضه ، لايعتبر منه قبولا أياه ، حتى لو كان صاحب الصحيفة قد أخطره بأن عدم رده الأعداد يقع منه بمثابة قبوله الاشتراك[١]. وحكم أيضاً بأن سكوت العميل الذى أرسل إليه البنك خطاباً ينبنه فيه أنه اكتتب باسمه فى مشروع معين بعدد من الأسهم لايعتبر قبولا منه لهذا الاكتتاب ، حتى لو كان البنك قد أخطره بأن سكوته يقع منه بمثابة القبول[٢]. وحكم كذلك بأن سكوت الشخص الذى يرسل إليه تاجر معلوم عينة من بضاعة لا يعتبر قبولا لشرائه كمية منها ، حتى لو كان التاجر قد أخطره بأن عدم رد العينة يحمل منه على هذا المحمل[٣] و[٤] .

هكذا نصل إلى أن السكوت البسيط المجرد لايصلح تعبيراً عن الإرادة ، حتى بالنسبة إلى القبول . ولكن الأمر يختلف بالنسبة إلى نوع آخر من السكوت هو ذاك الذى يقترن بظروف من شأنها أن تقوى وتدعم دلالته على الرضاء .

---

(١) نظر محكمة Seine الفرنسية ١٩/٤/١٩٨٣ ، مشار إليه فى Planiol er Ripert ح ٦ ص ١١٧ هامش ٣ .

(٢) أنظر نقض فرنسى ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٤٣ ، سيرى ١٩٤٤ — ١ — ٣١ ، نقض فرنسى ١٥ يوليه سنة ١٩٣١ ، جازيت دى باليه ١٩٣٢ — ١ — ٩٠٥ .

(٣) اانظر استئناف Monpilier ٢٢ يوليه ١٩٠٤ ، دالوز ١٩٠٥ — ٢ — ٢٩٦ وتعليق Valéry .

(٤) وإذا كان من المسلم أن السكوت فى كل الأمثلة السابقة لا يقع بمثابة القبول ، فقد تراءى للبعض أنه يعتبره عملا خاطئاً ، من شأنه أن يلزم صاحبه بالتعويض . وقد استهدف من هذه الفكرة الجديدة اعتبار الصفقة المعروضة قائمة على أساس آخر غير إبرام العقد ، وهو أساس التعويض عن العمل غير المشروع ، اعتباراً بأن القاضى قد يجد فى إقامة تلك الصفقة تعويضاً عينياً مناسباً . بيد أن هذه الفكرة لم تسد . لأنه لا يمكن اعتبار المرسل إليه مقصراً لمجرد أنه لم يرد على عرض وصل إليه ، وإلا وقع الناس فى العنت والحرج ، وذلك طبعاً ما لم يتواجد من ظروف الحال ما يفرض عدم الصمت .

وهذا هو مايطلق عليه السكوت الملابس Silence circonstancié ، اعتباراً بأن هناك ظروفاً تلابسه ، من شأنها أن تبرز أثره فى الدلالة والبيان . والسكوت الملابس أو السكوت الموصوف ، كما أطلقت عليه المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى تعليقها على المادة ١٤٢ منه التى أصبحت المادة ٩٨ من القانون ، يصلح تعبيراً عن الإرادة بالنسبة إلى القبول .

ولكن متى يعتبر السكوت ملابساً أو موصوفاً ، حتى يصلح تعبيراً عن القبول ؟ اتخذت المادة ٩٨ فى ذلك معياراً مرناً . وقوام هذا المعيار هو ماإذا كان من شأن طبيعة المعاملة والعرف التجارى وغير ذلك من الظروف أن تجعل الموجب يتوقع ممن وجّه إليه إيجابه تصريحاً بالقبول من عدمه . فإن كان الأمر الأول ، فإن السكوت لايقع بمثابة القبول ؛ حيث إن المفروض أن رضاء من وُجّه إليه الإيجاب يقتضى منه التصريح به . وإن كان الأمر الثانى ، أى إذا كان من شأن الأمور التى بيناها أن تجعل الموجب لايتوقع ، ممن وجه إليه إيجابه ، تصريحاً بقبوله ، فإن سكوت هذا الأخير يقع بمثابة قبوله ، بشرط أن يستمر فترة معقولة ، تخضع فى تقديرها لقاضى الموضوع .وفى هذا تقضى المادة ٩٨ / ١ بأنه : « ١ — إذا كانت طبيعة المعاملة أو العرف التجارى أو غير ذلك من الظروف تدل على أن الموجب لم يكن ينتظر تصريحاً بالقبول فإن العقد يعتبر قد تم ، إذا لم يرفض الإيجاب فى وقت مناسب » .

وإذا طبقنا هذا المعيار على الأمثلة التى سبق سردها ، وجدنا أنه لم يكن من شأن الظروف التى اكتنفتها أن تجعل الموجب لاينتظر تصريحاً بالقبول ممن وجه إليه إيجابه، إذا كان حقيقة يبتغيه . فصاحب الصحيفة مثلا، والفرض أنه لم يسبق له تعامل مماثل مع من أرسل إليه أعدادها ، لم يكن له من الظروف الملابسة مايبرر عدم توقعه تصريحاً بقبول الاشتراك ممن أرسل إليه صحيفته ، إذا كان حقيقة يرتضيه ، بل على النقيض من ذلك تملى عليه تلك الظروف أن يتوقع هذا التصريح بالقبول ، من أجل ذلك فإن السكوت هنا لايعتبر قبولا . ولكن يتغير الوضع ، فى هذا المثال ، لو أن صاحب الصحيفة قد سبق له أن أصدر عدة صحف ، وجرت العادة بينه وبين شخص معين على

أن يرسل إليه أعداد كل صحيفة يصدرها ، فإن حازت قبوله وأراد الاشتراك فيها سكت ، وإن رفضها ردها ؛ فى مثل هذه الحالة ، نجد أن طبيعة المعاملة تبرر لصاحب الصحيفة ألا يتوقع تصريحاً بالقبول من عميله ، إذا كان راغباً فى الاشتراك فيها ؛ ومن ثم فإن سكوت هذا العميل عن رد أعداد الصحيفة يحمل منه محمل القبول . فالظروف هنا تملى على العميل أن يرد أعداد الصحيفة فى وقت مناسب ، إذا كان راغباً عن الاشتراك فيها ؛ أما ولم يفعل ، فإنه يعتبر ، بسكوته هذا ، قد عبر عن إرادته بالقبول .

وقد طبق المشرع نفسه المعيار الذى حددناه ، وذلك فى المادة ٩٨ / ٢ ، التى جاءت تقول : « ٢ — ويعتبر السكوت عن الرد قبولا ، إذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الإيجاب بهذا التعامل ، أو إذا تمحض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه » .

فالمشرع يورد تطبيقين للمعيار الذى جاء به ، وهما الآتيان :

١ — إذا كان هناك تعامل سابق من شأنه أن يجعل الموجب لايتوقع تصريحاً بالقبول من الموجب له ، إذا كان راغباً فى الصفقة التى يعرضها عليه والتى تتصل بهذا التعامل ، بل يجعله ، على النقيض من ذلك ، يتوقع تصريحاً بالرفض إذا كان راغباً عنها ، فإن سكوت من وجه إليه الإيجاب يعتبر منه قبولا . ومثال هذه الحالة تاجر الجملة الذى تعود أن يرسل كمية من البضائع التى تصل إليه ، إلى تاجر تجزئة من عملائه ، الذى تعود بدوره أن يرفض ما لايعجبه منها ، ويسكت على ما يعجبه . فى مثل هذه الحالة ، تحتم ظروف التعاقد ، فى ضوء ماتم منه فى القديم ، أن يصرح تاجر التجزئة برفضه كل صفقة يكون عنها راغباً ، بحيث إن تاجر الجملة هنا لاينتظر منه تصريحاً بالقبول ، إذا كان له فى الصفقة هوى . فإن سكت تاجر التجزئة بالنسبة إلى صفقة معينة ، زمناً معقولا يحدده قاضى الموضوع ، اعتبر سكوته قبولا إياها ، وتعذر عليه بالتالى أن يتملص منها [١] . ومثال هذه الحالة أيضاً أن يعتاد أحد

---

(١) انظر فى هذا الاتجاه : نقض فرنسى ٢١ مايو ١٩٥١ Bul.civ. ١٩٥١ — ٢ — ١٢٨ .

البنوك أو غيره من المؤسسات المالية الأخرى مع أحد العملاء على أن يجرى لصالحه صفقات فى حقل معين ، ثم يخطره بإجرائها منتظراً منه رداً فى خصوص ماإذا كان يقبلها أو يرفضها ، واعتاد العميل بدوره أن يجهر برفضه عما لايرغبه من الصفقات ، فإن سكوته بعد ذلك عن الرد فى حالة معينة مدة معقولة من الزمان يترك تقديرها لقاضى الموضوع ، يعتبر منه قبولا للصفقة [١] .

٢ — يعتبر السكوت قبولا كلما جاء من صاحبه رداً على إيجاب متمحض عن مجرد منفعة له . ومثال ذلك أن يرسل شخص لآخر خطاباً ، يعرض عليه فيه أنه يكفل الوفاء بدين له على ثالث ، فيلزم المرسل إليه ، وهو الموجب له بالكفالة ، الصمت . فهنا يعتبر سكوته قبولا للكفالة المعروضة عليه [٢] ، ولايسوغ لمن أرسل الخطاب أن يتنصل من التزامه ككفيل بمقولة إن غريمه لم يرد على عرضه بالقبول فى وقت مناسب . والسبب فى ذلك أن الكفالة هنا تؤدى إلى مجرد نفع للمرسل إليه . وهذا بذاته ظرف من شأنه أن يدعم سكوته ويقوى أثره فى الدلالة على قبوله إياها . فالغالب أن الناس لا يرفضون العروض التى تقدم إليهم ، إذا كانت تؤدى إلى مجرد نفعهم : أى تؤدى إلى تحقيق مصلحة لهم بدون مقابل ، بحيث إن من يريد منهم مخالفة هذا الوضع الغالب ، يبادر بالإفصاح عن قصده ، وبحيث إن الطرف الآخر لاينتظر تصريحاً بالقبول ممن يكون فى الصفقة راغباً .

هذان هما التطبيقان اللذان أوردتهما المادة ٢/٤٤ من القانون المدنى للسكوت

---

(١) انظر : نقض فرنسى – عرائض — ١٥ مارس ١٩٤٤ ، سيرى ١٩٤٤ — ١ — ٤٠ .
ومن الحالات التى يمكن فيها للسكوت أن ينهض دلالة على القبول فى مجال اتصال الأمر بتعامل سابق بين ذوى الشأن ، الحالة التى يرسل فيها البنك لعمليه كشف حساب ، فيسكت العميل فترة معقولة من الزمن ، يترك تحديدها لقاضى الموضوع ، دون الاعتراض على ما تضمنه من بيانات ، فوفقا للعادات الجارية يمكن أن يستخلص من هذا السكوت رضاء العميل بما تضمنه الكشف من بيانات ، إلا ما جاء منها نتيجة زلات القلم أو أخطاء الحساب .

(٢) انظر : استئناف مختلط ١٨٩٦/٢/١٣ ، ب ٨ ص ١١٨ . وانظر فى نفس الاتجاه : نقض فرنسى – عرائض — ٣٨/٣/٢٠ ، دالوز ١٩٣٩ — ١ — ٥ وتعليق **Voirin** .

الملابس الذى يصلح تعبيراً عن الإرادة بالنسبة إلى القبول : وهما وإن كانا من أهم التطبيقات العملية فى هذا المجال ، إلا أنهما ليسا الوحيدين . فهما مذكوران فى النص على سبيل المثال ، لا الحصر . وهكذا فنى كل حالة أخرى نجد أنفسنا أمام سكوت ملابس ، أى سكوت يقترن بظروف من شأنها أن تؤدى بالشخص إلى الإفصاح عن رفضه الإيجاب الموجه إليه إذا كان يقصده ، بحيث إن الطرف الآخر لاينتظر منه تصريحاً بالقبول إذا كان للصفقة راغباً ، فإن هذا السكوت يصلح من صاحبه تعبيراً عن إرادته ، بالنسبة إلى قبوله هذا الإيجاب . ومن أمثلة هذه الحالات تسلم المشترى البضاعة التى اشتراها مع قائمة بثمنها متضمنة شروطاً معينة للصفقة ، حيث إن سكوته عما جاء فى تلك القائمة فترة معقولة من الزمن يقدرها قاضى الموضوع يعتبر منه تسليماً بما تضمنته من شروط [1] . ومن أمثلة هذه الحالات أيضاً سكوت الموكل بغير مقتض فترة معقولة عن تجاوز وكيله حدود وكالته ، برغم علمه بحصوله . ومن أمثلتها كذلك سكوت المالك بغير مقتض عن تصرف غيره فى ماله ، إذا كان هذا التصرف قد حصل فى حضوره ، أو كان قد أخطر به على نحو سليم (انظر المادة ٣٨ من مدونة الالتزامات والعقود المغربية) .

٤٩ — مما سبق يبين أن السكوت بمجرده وذاته لايصلح تعبيراً عن الإرادة . فهو عدم ، والعدم لايفيد إلا العدم . فالسكوت لايصلح أبداً تعبيراً عن الإرادة بالنسبة إلى الايجاب وهو ، مجرداً عن أى اعتبار آخر ، لايصلح أيضاً تعبيراً عن الإرادة بالنسبة إلى القبول . ولكن من الممكن للسكوت أن يصلح تعبيراً عن القبول ، إذا لابسته ظروف من شأنها أن تدعم دلالته عليه وهذا هو السكوت الملابس . وإذا كانت المادة ٩٨ قد وضعت لنا معياراً

---

(١) ويلاحظ أن المادة ١٤٢ من المشروع التمهيدى كانت تتضمن هذه الحالة كتطبيق للسكوت الملابس الذى يصلح تعبيرا عن الإرادة بالنسبة إلى القبول . وقد حذفت العبارة التى تشير إلى تلك الحالة فلم تأت فى نص المادة ٢/٩٨ من القانون . ولكن لا يستفاد من الحذف السابق ، وفق ماجاء فى مناقشات لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ التى أجرته ، الرغبة فى ابعاد الحالة التى نحن بصددها (راجع مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٥٧ وما بعدها) .

للسكوت الملابس وأوردت تطبيقين له، فليس معنى هذا أن ماجاء فيها يتمثل أمراً حسابياً . فالمعيار الذى أوردته لا يعدو أن يكون مجرد مرشد يستأنس به القاضى ، دون أن يملى عليه بالضرورة القول الفصل . وكذلك الشأن بالنسبة إلى التطبيقين اللذين أوردهما النص ، فهما بدورهما ليسا قاطعين . والأمر من بعد متروك زمامه بيد قاضى الموضوع الذى يتعين عليه أن يحدد ، فى ضوء ظروف كل حالة ، ماإذا كان السكوت ينهض دلالة على القبول من عدمه . ولقاضى الموضوع فى ذلك سلطة تقديرية تنأى به عن رقابة محكمة النقض ، طالما قام تقديره على أسباب سائغة [١]. فالأمر يدخل فى رحاب الواقع .

وغنى عن البيان أن كل ماقلناه فى صدد السكوت لايخل بما يصرح به القانون ، فى حالات خاصة ، من إعطائه أثراً معيناً ، سواء أكان هذا الأثر هو القبول أم الرفض [٢] . كما إنه لا يخل بما يتفق عليه العاقدان من ترتيب أثر معين على السكوت ، كما إذا اتفق المؤجر والمستأجر أو العامل ورب العمل على أن سكوت كل منهما عن إبداء رغبته فى إنهاء العقد فى أجل معلوم يكون من شأنه امتداده لفترة تالية معينة كانت أم غير معينة .

٥٠ ــ قيام التعبير عن الإرادة وإنتاجه أثره :

بينا فيما سبق أن الإرادة هى أساس الرضاء ، وبالتالى أساس العقد

(١) راجع Marty Raynaud ج ٢ مجلد ا نبذة ٩٦ .

(٢) ففى بعض الأحيان يرتب القانون بنصوص خاصة أثراً معيناً على السكوت . وهو تارة يحمله محمل القبول ، وتارة أخرى يحمله محمل الرفض . ومثال الحالة الأولى ما تضمنته المادة ٢/٣٢٢ فى شأن حوالة الدين المضمون بالرهن الرسمى عند بيع العقار المرهون بيعاً مسجلا ، قاضية بأنه : « ٢ ــ فإذا اتفق البائع والمشترى على حوالة الدين ، وسجل عقد البيع ، تعين على الدائن متى أعلن رسميا بالحوالة أن يقرها أو يرفضها فى ميعاد لا يجاوز ستة أشهر ، فإذا انقضى هذا الميعاد دون أن يبت بر أى، اعتبر سكوته إقراراً » . ومثال الحالة التى يعتبر فيها القانون السكوت قبولا كذلك ما جاءت به المادة ١/٤٢١ فى خصوص بيع التجربة من أن سكوت المشترى عن ابداء رأيه فى البيع المدة القانونية مع تمكينه من اجراء التجربة هذا يعتبر منه قبولا للمبيع ينعقد به البيع. أما الحالة التى يعتبر فيها القانون السكوت بمثابة الرفض،فمثالها ما جاءت به المادة ٢/٣١٦ فى خصوص حوالة الدين من أن سكوت الدائن بعد إعلانه بالحوالة عن إقرارها خلال أجل معقول يعتبر منه رفضا لها .

والتصرف القانونى بوجه عام ، كما بينا أن القانون لايعتد بالإرادة إلا إذا حصل التعبير عنها . وعلينا أن نحدد هنا متى يوجد التعبير عن الإرادة ، ومتى ينتج أثره .

والتعبير عن الإرادة يوجد فور صدوره ممن أجراه . ولكنه ، مع ذلك ، لاينتج أثره ، فى القانون المصرى ، إلا بعد أن يتصل بعلم من وجه إليه [١] . أما قبل تلك اللحظة ، فالتعبير قائم وموجود ، ولكنه غير منتج أثره . وفى ذلك تقضى المادة ٩١ مدنى بأنه : ينتج التعبير عن الإرادة أثره فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه ، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ، مالم يقم الدليل على عكس ذلك » .

وهكذا يلزم أن نفرق بين وجود التعبير عن الإرادة فى ذاته ، وبين إنتاج أثره القانونى . فقد يوجد التعبير عن الإرادة مادياً ، بمعنى أن يكتمل له مظهره المادى ، ولكنه يبقى مع ذلك ، إلى فترة معينة ، عديم الأثر قانوناً . وهذا ماأخذ به القانون المدنى ، مسايراً فيه كثرة من القوانين المعاصرة الأخرى ، حيث جعل الأثر القانونى للتعبير عن الإرادة ، فى مجال العقود ، متراخياً إلى وقت وصوله إلى علم من يوجه إليه [٢] . فالتعبير من الموجب

(١) أما فى الفقه الإسلامى ، فينتج التعبير عن الإرادة أثره من وقت صدوره . ولكن الفارق فى هذا المجال ، بين الفقه الإسلامى والقانون المعاصر عامة والقانون المصرى خاصة ، وإن كان من الناحية النظرية جد كبير ، إلا أنه من الناحية العملية يزول تماماً فى صدد الإيجاب ، نتيجة إعمال القاعدة الإسلامية القاضية بوحدة المجلس . فوحدة المجلس ، فى الفقه الإسلامى ، شرط أساسى لانعقاد العقد . وهكذا لو عبر شخص عن إرادته فى إبرام عقد معين ، حالة كون المتعاقد الآخر غير موجود معه ، فإن هذا التعبير لن يكون له أدنى أثر . أما فى التعاقد بالمراسلة ، فيبدأ مجلس العقد فى الانعقاد عند تبليغ رسالة الموجب للموجب له ، فيقوم علم هذا به . أما فى صدد القبول ، فيبرز الفارق كبيراً بين الفقه الإسلامى والقانون المصرى ، ولكن فى مجال التعاقد بالمراسلة وحده ، حيث يتم العقد ، فى ظل الأول ، بمجرد صدور القبول ، فى حين أنه ، فى ظل الثانى ، يتراخى قيام العقد إلى وقت اتصال القبول بعلم الموجب .

(٢) ويقضى بهذا الحكم ، على وجه الخصوص ، *القانون الألمانى* (المادة ١٣٠) ، وإن كان قد جعل إنتاج التعبير أثره رهيناً بوصوله إلى من وجه إليه ، ومدونة الالتزامات السويسرية=

بما ينبىء عن إرادته إبرام عقد معين ، وإن تكامل له وجوده المادى من لحظة صدوره من صاحبه ، إلا أنه لايعتبر إيجاباً بالعقد إلا بعد اتصاله بعلم الموجب له. كما أن التعبير من الموجب له عن إرادته بما يتضمن موافقته على العرض الصادر له ، وإن تكامل له بدوره وجوده المادى فور صدوره من صاحبه ، إلا أنه لايعتبر قبولا ينعقد به العقد ، إلا بعد اتصاله بعلم الموجب .

ولاتظهر أهمية تراخى أثر التعبير عن الإرادة إلى وقت اتصاله بعلم من يوجه إليه إلا فى التعاقد بالمراسلة بين الغائبين . إذ توجد فى هذا النوع من التعاقد بالضرورة فترة من الزمن ، تطول أو تقصر ، بين صدور التعبير من صاحبه ، ووصوله إلى من يرسل إليه ، وذلك بالنسبة إلى الإيجاب والقبول على سواء . أما فى التعاقد بين الحاضرين ، سواء أكان فى مجلس العقد أو عن طريق الهاتف أو مايشابهه ، فلايظهر فى العمل أية أهمية لتراخى أثر التعبير عن الإرادة إلى مابعد اتصاله بعلم من يوجه إليه ، إذ أن صدور التعبير ووصوله يتمان ، فى هذه الحالة ، فى نفس الوقت .

وغنى عن البيان أن تراخى أثر التعبير عن الإرادة إلى وقت اتصاله بعلم من يوجه إليه لايكون إلا فى مجال إبرام العقود . فهو لايكون فى حالة التصرف القانونى الصادر من جانب واحد ، كالوعد بجائزة موجه للجمهور وكالوصية ، حيث لايوجد إلا طرف واحد هو الذى يصدر منه التعبير ، ولا يوجد غيره يوجّه التعبير إليه . ومن ثم ينتج التعبير عن الإرادة أثره ، فى هذا المجال الأخير ، بمجرد صدوره من صاحبه ، طالما يظهر منه أن يتضمن عزمه النهائى على إبرام التصرف .

= (المادة٩) ، ومشروع القانون الفرنسى الإيطالى (المادة ٢/٤) والقانون البرازيلى (المادة ١٠٨) . وقدساير القانون المصرى فى حكمه القانون الليبى (٩١) والقانون المدنى الكويتى (المادة ٣٦) ، ووافقه فيه القانون العراقى وإن لم يصرح به . ولم يأخذ بحكم مغاير من التقنيات العربية التى أخذت أحكامها عن القانون المصرى إلا القانون السورى ، حيث ترك ، على غير عادته ، نص المادة ٩١ مصرى ، وتضمن نصاً (المادة ٩٨) يوحى بأنه يغايره فى الحكم .

٥١ – إثبات اتصال التعبير بعلم من يوجه إليه :

رأينا أن التعبير عن الإرادة ، وإن تكامل له وجوده المادى فور صدوره من صاحبه ، إلا أنه لايكون له أثر قانونى إلا بعد اتصاله بعلم من وجه إليه . ومن شأن هذا الحكم الهام أن يثير مسألة من ذا الذى يتحمل بعبء الإثبات .

ولو أننا تمشينا مع القواعد القانونية العامة ، لتوجب أن يقع عبء الإثبات على من يدعى حصول العلم بالتعبير . إذ أن البينة على من ادعى . وهكذا فلو ادعى الموجب له ، مثلا ، وصول تعبيره بالقبول إلى علم الموجب ، ليصل بذلك إلى تقرير قيام العقد ، لتعين عليه أن يقيم الدليل على صحة ادعائه . وهو أمر بالغ العسر فى العمل . ومن ثم جاءت المادة ٩١ تقيم قرينة قانونية مؤداها أن وصول التعبير إلى من يوجه إليه ينهض بذاته دليلا على علم هذا به ، مالم يثبت العكس . وهى فى ذلك تقول فى آخرها . « ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ، مالم يقم الدليل على عكس ذلك » .

والمقصود بوصول التعبير إلى من يوجه إليه هو وصول إلى موطنه ، حيث يعتبر الموطن هو المكان القانونى للشخص ، ويفترض أنه يعلم بكل مايصل إليه فيه .

وعلى هذا ، فيكفى لمن وجه التعبير ، فى سبيل الدلالة على العلم به ممن وجهه إليه ، أن يثبت وصوله إليه . فإن فعل ، اعتبر هذا العلم واقعاً ، مالم يقم من وُجِّه التعبير إليه الدليل على العكس ، أى أن عبء الإثبات يتحول إلى من وجه التعبير إليه ، حيث يمكنه أن يدحض القرينة التى تقيمها المادة ٩١ ، وذلك بجميع أدلة الإثبات ، بما فيها البينة والقرائن ، كما إذا أفلح ، مثلا ، فى أن يقيم الدليل على أنه لم يكن متواجداً فى موطنه لمرضه أو غيابه أو لأى سبب آخر . بل إنه إذا كان من وجه إليه التعبير هو الموجب وتضمن التعبير قبولا من الموجب له ، فإنه لايكفى الأول ، فى سبيل المحاجة بعدم قيام العقد ، أن يثبت أنه لم يعلم بالتعبير المتضمن القبول ، بل عليه

أن يثبت أيضاً أن انتفاء علمه به لايرجع إلى خطأ يعزى إليه [١] . فادام هو قد أوجب بالعقد، فإن ظروف الحال تقتضي منه أن يتربص الرد عليه، على نحو يعلمه بمضمونه فور وصوله . وهكذا يتحمل الموجب هنا بالتزام بالعمل على أن يصل رد الموجب له إلى علمه فور أن يصل إلى موطنه ، فإن وصل إليه من غير أن يعلم به ، وكان ذلك راجعاً إلى خطأ يعزى إليه ، ماكان له أن يحاج بجهل هو المسئول عنه .

٥٢ — العدول عن الإرادة :

رأينا ، فيما سبق ، أن التعبير عن الإرادة لاينتج أثره فور صدوره من صاحبه : وإنما يتراخى أثره القانونى إلى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه . ويترتب على هذا الحكم نتيجة بالغة الأهمية فى العمل . إذ أنه يجوز بمقتضاه لمن يصدر منه التعبير عن الإرادة ، سواء أكان متضمناً إيجاباً أم قبولا ، أن يقيل نفسه من الصفقة ، إذا بات عنها غير راغب ، وذلك فى الحالة التى يفلح فيها أن يوصل إلى علم غريمه رغبته فى النكوص، قبل أن يتصل بعلمه التعبير المتضمن رغبته فى إجراء الصفقة ذاتها ، أو فى نفس الوقت . وهذا مايمكن حدوثه فى التعاقد بالمراسلة . وهو نمط من التعاقد بات كثير الوقوع فى وقتنا الحاضر . لاسيما أن ما وصل إليه فكر إنسان اليوم من السبل السريعة للاتصال ، وعلى الأخص التليفون والبرق والتاكس ، يمكن الشخص من توصيل عدوله عما يكون قد أبدى رغبته فيه ، فى وقته المناسب .

فالعدول عن التعبير عن الإرادة ممكن ، إذا وصل إلى علم من وجه إليه تعبير عن إرادة مضادة ، قبل وصول الأول إليه ، أو فى نفس وقت وصوله وحينئذ لايكون للتعبير الأصلى أى أثر قانونى .

ولم يتضمن قانوننا المدنى نصاً يصرح بالحكم الذى سقناه . ومع ذلك فلاشك فى إعماله . فهو مجرد تطبيق للفاعدة التى أملتها المادة ٩١ من أن التعبير

(١) انظر نقض ١٩/١/١٩٧٢ مجموعة أحكام النقض س ٢٣ ص ٦٧ . وقد جاء فى هذا الحكم أن التعبير عن الإرادةلا ينتج أثره إذا أثبت من وجه إليه أنه لم يعلم به وقت وصوله وكان عدم العلم لا يرجع إلى خطأ منه .

عن الإرادة لايكون له أثر قانونى إلا بعد اتصاله بعلم من يوجه إليه . فمادام هو كذلك فإن التعبير المضاد الذى يصل إلى علم من وجه إليه ، فى وقته المناسب ، يلغيه ويمنعه بالتالى من أن ينتج أثره [١] . وقد كانت المادة ١٢٥ / ١ من المشروع التمهيدى ، التى تتمثل أصلا للمادة ٩١ من القانون ، تتضمن الحكم الذى نحن بصدده [٢] ، ولكن العبارة التى تدل عليه حذفت فى لجنة المراجعة ، بحجة عدم الحاجة إليه [٣] .

ولاعبرة هنا بعلم من وجه إليه التعبير بحصول العدول عنه أو عدم علمه به طالما أنه قد وصل إليه فى وقته . إذ لايقبل منه هنا أن يدعى علمه بالتعبير وعدم علمه بالعدول عنه ، أو علمه بالأول قبل الثانى .

وتظهر أهمية إمكان العدول عن الإرادة بإرادة مضادة يصل التعبير عنها فى وقته المناسب ، بشكل واضح ، بالنسبة إلى القبول ؛ حيث إنه يجوز لمن أرسل إلى الموجب ، يبلغه بقبوله ، أن يعدل عنه . وبهذا يستطيع أن يقيل نفسه من الصفقة ، إذا ندم على ارتضائها . بيد أن هذا الحكم لايعدم كل فائدة بالنسبة إلى الإيجاب . فتظهر له فائدته فى الحالات التى يكون فيها

---

(١) راجع : نقض ١٠ إبريل ١٩٥٨ ، طعن ٢٤/٩٧ ق ، مجموعة أحكام النقض س ٩ ص ٣٥٩ قاعدة ٤٠ . وقد جاء فى هذا الحكم أن : « مؤدى المادتين ٩١ و ٩٣ من القانون المدنى أن التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره إلا من وقت اتصاله بعلم من وجه إليه . فإذا كان الموجب قد التزم فى إيجابه بالإبقاء على هذا الإيجاب مدة معينة . فإن هذا الإيجاب لا يلزم الموجب إلا من وقت اتصال علم من وجه إليه به . وإلى هذا الوقت يعتبر أن الإيجاب لا يزال فى حوزة الموجب (الأصح أن يقال هنا إنه إلى هذا الوقت لا يوجد ثمة إيجاب على الاطلاق) . فله أن يعدل عنه أو أن يعدل فيه ، لأن التعديل ماهو إلا صورة من صور العدول لا يمكن إلا فى الفترة السابقة على وصول الإيجاب إلى علم من وجه إليه ..... » .

(٢) جاءت المادة ١٢٥/١ من المشروع التمهيدى ، التى أصبحت — بعدما أجرى عليها من تعديل وحذف المادة ٩١ من القانون — تقضى بأنه : « ينتج التعبير عن الإرادة أثره فى الوقت الذى يصل فيه إلى من وجه إليه ، بحيث يتمكن هذا من العلم به . ولا يكون له أثر إذا وصل عدول عنه إلى من وجه إليه التعبير عن الإرادة قبل أن يصل إليه هذا التعبير ، أو فى الوقت الذى وصل إليه فيه » .

(٣) راجع مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢٠ .

الإيجاب ملزماً للموجب ، لا يستطيع الرجوع فيه ، وهذه على وجه الخصوص ، هي حالة التعاقد بالمراسلة (المادة ٩٧) . إذ بالعدول ، لا يتمثل التعبير إيجاباً أصلا .

والحكم الذى وصلنا إليه[1] ، يتمشى مع الروح السمحة للشريعة الإسلامية الغراء ، ويتجاوب مع الحديث النبوى الشريف : « من أقال نادماً بيعته ، أقال الله عثرته يوم القيامة » .

٥٣ — أثر الموت وفقد الأهلية فى التعبير عن الإرادة :

رأينا أن التعبير عن الإرادة يوجد فور صدوره من صاحبه . ولا يقف الأمر عند هذا الحد . بل إنه بوجود التعبير ، يعيش مستقلا عمن أصدره ، كعمل قانونى قائم بحد ذاته . وهكذا فإن قدر لمن أصدر التعبير أن يموت ، أو أن تزول عنه الأهلية . فإن ذلك لا يؤثر فى التعبير الذى سبق أن صدر منه . فهذا التعبير يبقى موجوداً . ومادام هو موجوداً ، أمكن له أن ينتج أثره . إذا تحقق مايلزم لذلك . وهو اتصاله بعلم من وجه إليه . وفى ذلك تقضى المادة ٩٢ بأنه : « إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره . فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه . هذا مالم يتبين العكس من التعبير أو من طبيعة التعامل » .

وهكذا فالأصل أنه إذا مات من صدر منه التعبير أو فقد أهليته قبل أن ينتج أثره ، فإن ذلك لا يمنع من إنتاج أثره . إذا اتصل بعلم من وجه إليه . مالم يظهر من التعبير ذاته أو من طبيعة التعامل أن العقد لا ينعقد إلا مع من وجه التعبير نفسه .

---

(١) وقد أخذت بحكم مماثل عدة قوانين ، كالقانون الألمانى (المادة ١٣٠) ، ومدونة الالتزامات السويسرية (المادة ٩) ، والقانون البولونى (المادة ٦٥) ، والقانون البرازيلى (المادة ١٨١) . وقد أخذ به أخيرا القانون المدنى الكويتى ، حيث إنه جاء ، فى المادة ٣٧ منه ، يقضى بأنه : « لا يكون للتعبير عن الإرادة أثر ، إذ ما وصل إلى من وجه إليه عدول عنه قبل وصوله ، أو فى نفس وقت وصوله » .

ولتفهم أثر هذه القاعدة من الناحية العملية . يلزمنا أن نفرق بين ماإذا كان من أصابه الموت أو فقد الأهلية هو الموجب ، أى ذاك الذى صدر منه التعبير بالإيجاب . أو هو القابل ، أى ذاك الذى صدر من التعبير بالقبول .

فإن كان من أصابه الموت أو فقد الأهلية هو الموجب . كما إذا أرسل زيد خطاباً لبكر يعرض عليه أنه يبيعه سلعة معينة ، ثم مات زيد أو فقد أهليته قبل أن يصل تعبيره إلى علم بكر ، فإن ذلك لايمنع هذا التعبير من أن ينتج أثره بعد أن يتصل بعلم بكر . وهذا الأثر هو أنه ينهض إيجاباً بالبيع . ولكن هذا الإيجاب ، وإن قام صحيحاً . إلا أنه لن يكون نواة لعقد البيع . والسبب فى ذلك أن بكراً . إذا عبر عن إرادته بارتضائه الشراء . فإن هذا التعبير لن يتيسر له أن ينهض قبولا يقترن بالإيجاب القائم . وعلة ذلك أنه لن يتصل بعلم من وجه إليه ، وهو الموجب (زيد فى مثالنا) ، لأنه قد مات أو لأنه قد فقد الأهلية [1] . وهكذا نرى أنفسنا هنا بصدد إيجاب صحيح ، ولكنه لن يقترن به قبول ، فيبقى عديم الأثر .

أما إذا كان من دهمه الموت أو فقد الأهلية هو القابل ، كما إذ كتب زيد لبكر يعرض عليه أن يبيعه سلعة . وأرسل بكر برده متضمناً قبوله . ولكنه مات أو فقد أهليته قبل أن يصل رده هذا إلى زيد ، فهنا يبقى تعبير بكر قائماً . وينتج أثره عند اتصاله بعلم زيد . أى أنه ينهض عندئذ قبولا . ومادام إيجاب زيد باق لم يسقط ، فإن قبول بكر يقترن به ، فيتم توافق الإرادتين . ويقوم العقد .

٥٤ — الاختلاف بين الإرادة الحقيقية ومدلول التعبير عنها أو الاختلاف بين الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة :

رأينا فيما سبق أن الإرادة أساس الرضاء الذى هو بدوره أساس العقد ، وإن كان القانون لايعتد بها إلا إذا خرجت عن حيز النفس والنية إلى العالم الخارجى ، وبعبارة أخرى إلا إذا حصل التعبير عنها .

---

(١) انظر فى هذا المعنى : السنهورى ، الوسيط ج ١ نبذة ٨٣ - أحمد حشمت أبو ستيت ، مصادر الالتزام نبذة ٨٤ . وانظر فى عكس هذا الرأى : سليمان مرقس ، نظرية العقد نبذة ٨١ — عبد المنعم الصدة ، مصادر الالتزام نبذة ٧٩ .

وقد يقع فى بعض الحالات ، وإن كانت جد نادرة ، أن تخطىء الوسيلة ، التى استهدف بها الشخص التعبير عن إرادته ، غايتها ، فلا تبرز هذه الإرادة على حقيقتها . ويقع بذلك خلاف بين الإرادة الحقيقية ومدلول التعبير عنها [١] ، وبعبارة أخرى بين الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة .

فنى مثل هذه الحالة ، يحق أن نتساءل عما إذا كان يسوغ لنا أن نقف عند مدلول التعبير عن الإرادة ، ونعتد به فى ذاته ، أم أنه يجب أن نطرح هذا المدلول ولانعتد به ، مادام قد ثبت أنه لايطابق الإرادة الحقيقية . ومثال الحالة التى نحن بصددها ، أن يقصد شخص أن يبيع سلعة بجنيهين . فيعرضها على الجمهور واضعاً عليها خطأ ورقة تفيد أن ثمنها جنيه واحد . فهنا الإرادة الحقيقية للتاجر هى أنه يريد البيع بجنيهين . ولكن مدلول التعبير عن الإرادة هو أنه يعرض البيع بجنيه واحد . فإذا تقدم شخص وأراد الشراء بجنيه . فهل يقوم البيع على أساس هذا المبلغ ، اعتداداً بمدلول التعبير عن إرادة البائع ، أم أنه لايقوم ، اعتداداً بإرادته الحقيقية ؟ ومثال هذه الحالة أيضاً أن يعزم شخص على قضاء إجازته فى فندق معين ، وفى وقت محدد ، وليكن شهر يوليه ، فيكتب للفندق ليعرض عليه أن يحجز له غرفة خلال هذا الشهر . ولكن يزل به القلم ويجىء فى كتابه أن الحجز يكون فى شهر يونيه ، ويحجز له الفندق بالفعل الغرفة المطلوبة خلال الشهر الوارد فى كتابه ، من غير أن يخطر ، فهل يعتبر عقد الفندقة أنه قد قام عن شهر يونيه اعتداداً بالتعبير عن إرادة النزيل ، أم أنه يعتبر أنه لم يقم اعتداداً بإرادته الحقيقية التى أخطأ التعبير عن إظهارها .

تتنازع هذا الموضوع ، فى القانون المعاصر ، نظريتان أساسيتان ، إحداهما قديمة تقليدية ، وثانيتهما حديثة .

---

(١) وكما يحدث الاختلاف بين الإرادة الحقيقية وبين مدلول التعبير عنها نتيجة الخطأ ، قد يحدث عن عمد وقصد . والاختلاف المقصود يتمثل أساساً فى التحفظ الذهنى ، بأن يبدى الشخص رضاءه بالعقد على نحو محدد ، حالة كونه يضمر قيداً أو تحفظاً على رضائه هذا . والحكم واحد فى الحالتين ، بالنسبة إلى من يوجه إليه التعبير .

فالنظرية التقليدية تعتد بالإرادة الحقيقية . فهى ، إن استلزمت حصول التعبير عن الإرادة ، إلا أنها لاتهتم به إلا فى الحدود التى يجئ فيها مطابقاً للإرادة الحقيقية . فالتعبير عن الإرادة ، فى منطق هذه النظرية ، ليس هو الذى يكون بذاته الرضاء ، ويقيم بالتالى العقد ، وإنما الذى يفعل ذلك هو الإرادة نفسها ، وإن لزم أن تظهر عن طريق التعبير عنها . ثم تجئ هذه النظرية فتقيم قرينة على أن التعبير عن الإرادة يطابق حقيقة قصد صاحبها . وإن خولت لهذا الأخير أن يدحضها بإثبات العكس .

هذه هى النظرية الأولى . وتسمى نظرية الإرادة الباطنة Volonté interne اعتباراً بأنها تتقصى حقيقة الإرادة الكامنة فى باطن النفس ، للتأكد من مطابقة التعبير لها ، لتقيم الرضاء عليها . وتسود هذه النظرية القوانين اللاتينية النزعة ، وعلى رأسها القانون الفرنسى .

أما النظرية الثانية ، فتقصر اهتمامها على التعبير ذاته ، وتعمل مدلوله . حتى لو كان غير مطابق للإرادة الحقيقية . فهذه النظرية تكتفى بما ظهر للإرادة ، دون أن تتقصى ما بطن منها . وهى لذلك تسمى نظرية الإرادة الظاهرة Voloné texterne ، أو نظرية الإعلان عن الإرادة Declaration de la volonté . فوفقاً لمنطق هذه النظرية ، للتعبير عن الإرادة فى ذاته أثره القانونى ، من حيث إنه يكون الرضاء ، ويعمل به على هذا الأساس . حتى لو كان غير مطابق للإرادة الحقيقية ، أو هو ، فى الأقل ، ينهض قرينة قانونية قاطعة ، لايجوز دحضها بإثبات العكس ، على أنه مطابق للإرادة الحقيقية [1] . وتسود هذه النظرية فى القوانين الجرمانية النزعة ، وعلى رأسها القانون الألمانى .

هاتان هما النظريتان اللتان تتنازعان ، فى القانون المعاصر ، حكم الحالة

---

(١) بيد أن هذه النظرية ، وان اعتدت بالتعبير عن الإرادة فى ذاته ، إلا أنها تستلزم صدوره عن إرادة موجودة . فلا أثر للتعبير ، إذا كان قد صدر عن شخص معدوم الإرادة أصلا ، كالصبى غير المميز والمجنون والمعتوه .

التى يجئ فيها التعبير عن الإرادة غير مطابق لحقيقة قصد صاحبه [١] . ولاجدال فى أن لكل منهما ميزتها . فنظرية الإرادة الباطنة تتميز بأنها تتقصى حقيقة الإرادة ، ولاتقف عند مجرد المظهر الخارجى لها . أما نظرية الإرادة الظاهرة فهى ، إن ضحت بالقصد الحقيقى لمن صدر منه التعبير ، إلا أنها تؤدى ، من ناحية أخرى ، إلى استقرار المعاملات ، عن طريق حماية الشخص الذى عول بحسن نية على ذلك التعبير . وهكذا فالنظرية الأولى تتسم بنزعة شخصية ذاتية ، فى حين أن الثانية تتسم بنزعة مادية موضوعية .

ويبدو لأول وهلة أن الفارق جد كبير بين النظريتين . وهذا صحيح من الناحية القانونية النظرية . إذ أن النظريتين مختلفتان فى ذات الأساس الذى تقوم عليه كل منهما ، وفق مابينا . ولكننا إذا تركنا الناحية القانونية النظرية جانباً ، لنبحث الأمر من الناحية القانونية التطبيقية . وجدنا الخلاف بين النظريتين يضيق وينحسر إلى حيز جد محدود .

فهاتان النظريتان ، وإن بدتا متباعدتين ، إلا أنهما ، فى حقيقة واقعهما ، تتداخلان . وتؤديان فى العمل إلى نتائج جد متقاربة . فنظرية الإرادة

---

(١) وهذا التغاير فى أساس الحكم الذى نجده ، فى ظل القانون المعاصر ، بين نظرية الإرادة الباطنة ونظرية الإرادة الظاهرة ، نجده أيضاً ، فى ظل الفقه الإسلامى ، بين مذاهبه المختلفة . فالمذاهب الإسلامية لم يتفق تحت ظلها بدورها الرأى حول الحكم الواجب اتباعه ، عند الاختلاف بين الإرادة الباطنة ، وتسمى ، عند الفقهاء ، بالقصد أو النية ، وبين الإرادة الظاهرة ، وتسمى بالصيغة . فمن هذه المذاهب مايغلب الإرادة الباطنة ، ومنها ما يغلب الإرادة الظاهرة . وقد بلغ الأمر عند بعض المذاهب ، فى اعتدادها بالإرادة الظاهرة ، إلى حد القول بأن عبارة الهازل تصلح لإنشاء العقود وترتب الآثار عليها ، دون فرق فى ذلك بين عقد وعقد (وهذا هو الراجح فى مذهب الشافعية) . وإن كان الغالب فى الفقه الإسلامى هو عدم الاعتداد بعبارة الهازل ، إلا فيما يكون فيه حق لله تعالى . اعتباراً بأن حق الله ، جلت قدرته ، لا يكون موضعاً للهزل (مذهب الحنابلة وأكثر المالكية) . وأساس هذا الرأى قوله ، صلوات الله عليه ، « ثلاثة جدهن جد وهزلهن جد : النكاح والطلاق والعتاق » ، وفى بعض الروايات أضيفت الرجعة ، وفى بعضها الآخر ، أضيفت اليمين . أما الحنفية ، فيعتدون بإرادة الهازل ، حتى فى غير ما كان فيه حق لله تعالى ، ولكن فقط من حيث كونها تصلح لانعقاد العقد ، دون أن تكفى لصحته . فالعقد القائم على إرادة الهازل ، عند الحنفية ، ينعقد (لتحقق الاختيار ، بمعنى القصد إلى التكلم بالعبارة) ، ولكنه ينعقد فاسداً (لفوات الرضاء ، أى لانعدام الإرادة) .

الباطنة ، وإن غلبت الإرادة الحقيقية ، إلا أنها تقيم قرينة على مطابقة التعبير لها ، تأسيساً على أن ذلك يتفق مع الغالب من أمر الناس . وإن ساغ دحض هذه القرينة بإثبات العكس ، إلا أن هذا الإثبات ، فى العمل ، يغلب أن يتعذر . ونظرية الإرادة الظاهرة ، من ناحيتها ، وإن أخذت بالتعبير عن الإرادة ، إلا أنها تتطلب لذلك حسن النية فيمن يريد أن يعتد به ، بأن يكون معتقداً تطابقه مع حقيقة القصد من صاحبه . هذا فضلا عن أنه من الممكن ، فى بعض حالات إعمال نظرية الإرادة الحقيقية ، إقامة العقد على أساس التعبير المخالف ، تطبيقاً للمسئولية التقصيرية . وهذا يحدث إذا ما أمكن تكييف التخالف بين الإرادة وبين التعبير عنها على أنه نتيجة خطأ من صاحبها ، وأن هذا الخطأ قد رتب الضرر لمن وجه إليه التعبير ، كما إذا كان هذا الأخير قد عول على التعبير ، ورتب عليه أموره مما جعله يفوت على نفسه صفقة كان يصل إليها لولاه . فنى مثل هذه الحالة ، يحق لمن وجه إليه التعبير المخالف أن يطالب صاحبه بالتعويض . وقد يرى القاضى أن خير سبيل إلى تعويضه هو تقرير قيام الصفقة على أساس التعبير الذى اعتقد مطابقته لحقيقة القصد من صاحبه .

وإذا كنا قد عرضنا النظريتين اللتين تتنازعان ، فى قوانين الدول المختلفة حكم الحالة التى يجئ فيها التعبير عن الإرادة غير مطابق للقصد الحقيقى لصاحبه ، تعين علينا أن نحدد موقف قانوننا منهما . ولاجدال فى أن قانوننا لازال يسير فى الفلك اللاتينى ، شأنه فى هذا شأن قانوننا القديم وشأن القانون الفرنسى . فهو يأخذ أساساً بنظرية الإرادة الباطنة . ولايعتد ، فى قيام العقد ، بالتعبير عن الإرادة ، إلا فى الحدود التى يجئ فيها مطابقاً لحقيقة قصد صاحبه ولاأدل على ذلك من نص المادة ٨٩ الذى جاء يقول : « يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين .. » . فالنص يستلزم التطابق بين الإرادتين ذاتيهما . وهذا مايفيد أنه يقيم العقد على الإرادة نفسها ، وليس على مجرد التعبير عنها ، وإلا لقال بأن العقد يتم بمجرد أن يتبادل طرفان تعبيرين متطابقين عن إرادتين . بل إن قانوننا فى مجموعه لايكتفى بالإرادة الحقيقية فيتقصاها . ولايعمل التعبير عنها إلا فى الحدود التى يجئ فيها

مطابقاً لها ، وإنما يتعمق أكثر فيما هو وراء الإراده . فيبحث عن الدافع إليها ، بحيث إنه لو كان هذا الدافع غير مشروع ، أهدرها وأبطل العقد الذى قصدته . وهذا هو مؤدى فكرة السبب الذى سنتناوله فيما بعد .

٥٥ — بيد أنه إذا كان قانوننا يأخذ أساساً بنظرية الإرادة الباطنة . فهو لم يهمل كلية نظرية الإرادة الظاهرة ، بل اقتبس منها بعض مظاهر تطبيقها . وطعم بها أحكامه . وهكذا فلئن كان قانوننا يأخذ بالنسبة إلى قيام الرضاء الذى هو أساس العقد، بل التصرف القانونى عموماً ، بنظرية الإرادة الباطنة كأساس . إلا أنه لا يأخذ بهذه النظرية بصفة تامة مطلقة . بل نجده يأخذ أيضاً من نظرية الإرادة الظاهرة بقسط . ومن مظاهر تأثره بهذه النظرية الأخيرة مايلى :

١ — وفقاً للمادة ٩١ . ينتج التعبير عن الإرادة أثره فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه . فلو أن شخصاً كتب لآخر ينبئه بقبوله عرضاً كان قد تقدم له به بشأن بيع شئ يملكه . ثم عدل بعد ذلك عن رغبته فى الشراء . وبعث بعدوله هذا للموجب . ولكنه وصل إليه بعد وصول الخطاب الذى يتضمن قبول الشراء ؛ فى مثل هذه الحالة . يقوم البيع ولايستطيع المشترى أن يتحلل منه . برغم أنه قد عدل فى الحقيقة عن الشراء قبل أن يتم للعقد قيامه . وهكذا يعتد قانوننا بالتعبير عن إرادة المشترى فى الشراء الذى وصل إلى البائع . ويقيم الرضاء عليه . فى حين أن هذا التعبير قد كشف عن أن يكون مطابقاً لقصده ، بسبب عدوله عن الشراء .

٢ — تقضى المادة ٩٢ بأن أثر التعبير عن الإرادة لايزول ، كأصل عام بموت صاحبه ولابفقده الأهلية . وهذا الحكم لايتمشى مع منطق نظرية الإرادة الباطنة . بل مع منطق غريمتها . إذ أن النظرية الأولى تربط بين الشخص وبين التعبير عن إرادته . بحيث إنه لو مات أو فقد أهليته . قبل أن ينتج تعبيره عن إرادته أثره ، لوجب . وفق منطقها ، أن يزول هذا التعبير بدوره .

٣ — لايأخذ قانوننا بعيوب الرضاء على إطلاقها . فهو لايقرر حق الإبطال للمتعاقد كلما ثبت تعييب رضاه . بل إن هناك حالات يكون من المقطوع فيها أن رضاء المتعاقد قد شابه الفساد ، ومع ذلك يقع عقده صحيحاً . فالغلط الذى يقع فيه أحد المتعاقدين لاينهض سبباً للإبطال ، إلا إذا كان المتعاقد الآخر قد وقع بدوره فى هذا الغلط ، أو كان على علم به ، أو كان من السهل عليه أن يتبينه (المادة ١٢٠) . فإن وجدنا فى حالة غلط لاينطوى تحت ماسبق ، فإنه لايمنع من صحة العقد . وهذا لايتفق مع نظرية الإرادة الباطنة التى تقتضى أن يكون الرضاء مبنياً دائماً على بينه سليمة للأمر المقصود . ولكنه يتفق مع نظرية الإرادة الظاهرة . حيث تهتم بالتعبير عن الإرادة فى ذاته. وماقلناه عن الغلط يسرى على التدليس والإكراه ، إذا وقعا من شخص من الغير ، فهما لايصلحان ، فى هذه الحالة سببين للإبطال ، إلا إذا كان من تعاقد مع المدلس عليه أو مع المكره على علم بالتدليس أو بالإكراه أو كان من المفروض حتماً أن يعلم به (المادتان ١٢٦ و١٢٨) .

المطلب الثالث

توافق الإرادتين

٥٦ — بينا فيما سبق أنه يلزم ، لحصول الرضاء الذى هو أساس العقد ، أن تتواجد الإرادة فى كل من طرفيه ، وأن يقع التعبير عنها . وهذان الأمران لايكفيان . بل يلزم ، فضلا عنهما ، أن تتوافق إرادتا طرفى العقد على قيامه . وعلينا هنا أن نحدد كيفية حصول هذا التوافق .

والتوافق بين الإرادتين يتم على خطوات ثلاث : الإيجاب والقبول ثم ارتباط القبول بالإيجاب . ويلزمنا بالضرورة أن نتناول كلا من هذه الموضوعات ، ثم نعقب بدراسة بعض حالات يأخذ فيها هذا التوافق شكلا خاصاً ، لنختتم بدراسة النيابة فى التعاقد .

(أ) الايجاب

٥٧ — لكى يتم إبرام عقد معين ، يلزم بالضرورة أن يبدأ أحد الأشخاص بعرضه على آخر ، بعد أن يكون هو قد استقر نهائياً عليه . ويطلق على هذا العرض اصطلاح « الإيجاب » . ولا يهم ، بالنسبة إلى عقد معين ، أن يرد الإيجاب من هذا المتعاقد أو من ذاك . فأيهما يبدأ بعرض الصفقة ، يكون هو المتقدم بالإيجاب [١] .

فالإيجاب offre ou pollicitation هو العرض الذى يتقدم به شخص معين إلى آخر بالنسبة إلى إبرام عقد ما ، بغية حصوله على قبوله إياه ، وبالتالى على قيام هذا العقد . ويلزم ، لكى يعتبر العرض إيجاباً ، أن يتضمن ، فى الأقل ، طبيعة العقد المراد إبرامه ، بيعاً كان أو إيجاراً أو هبة ، مثلا ، فضلا عن أركانه الأساسية . فالإيجاب بالبيع مثلا ، يلزم أن يتضمن الرغبة فى إبرام البيع والشىء المراد بيعه أو شراؤه والثمن . ولا يوجد ثمة ما يمنع بعد ذلك من أن يتضمن الإيجاب الشروط التى يرغب الموجب التعاقد على أساسها ، أو بعض هذه الشروط ، حتى لو كانت فى ذاتها ليست على كبير أهمية .

٥٨ — الإيجاب الموجه للجمهور :

لا يوجد ثمة ما يمنع من أن يوجه الإيجاب لأشخاص غير معينين ، أى لجمهور الناس . على أن ذلك يقتضى ، بطبيعة الحال ، ألا تكون شخصية من يراد التعاقد معه ذات اعتبار أساسى فى التعاقد .

ولم يعرض مشرعنا المصرى للإيجاب الموجه للجمهور . ولكن القواعد القانونية العامة كفيلة بتقريره وتنظيمه على سواء .

فمن حيث المبدأ ، لا يتنافى مع مقتضى القانون أن يكون الإيجاب موجهاً

---

(١) ولا يوجد فى ذلك أى خلاف بين القانون المعاصر وبين الغالب فى الفقه الإسلامى . مع ملاحظة أن الشافعية والحنابلة يرون ، فى العقود التى يترتب عليها انتقال الملك كالبيع ، أن الإيجاب يصدر دائماً ممن يكون منه التمليك ، ولو جاء متأخراً . أما القبول فهو الذى يصدر ممن يصير إليه الملك ، وأن جاء متقدماً .

لعموم أفراد الناس دون تخصيص ، طالما أن شخصية المتعاقد ليست ذات اعتبار فى التعاقد . ومن حيث التنظيم . فالقواعد القانونية العامة تتيح لنا أن نخضع هذا النوع من الإيجاب للأحكام التى تقتضيها أوضاع التجارة والتعامل مع الجمهور .

وكل مايثار فى شأن الإيجاب الموجه للجمهور من صعوبات هو تحديد ماإذا كان العرض المقدم لأفراد الناس يرتقى حقاً إلى مرتبة الإيجاب . أم أنه يقف عند حد الدعوة إلى التعاقد. والمعيار الذى يراعى هنا هو نفس المعيار الذى سوف نبرزه فيما بعد . عند تناول التفرقة بين الإيجاب ومقدماته . وقوام هذا المعيار العزم النهائى من صاحب العرض على إبرام الصفقة مع كل من يتقدم إليه بمجرد أن يرتضى عرضه . فإذا كان العرض من هذا النوع . فهو إيجاب . والا فهو مجرد دعوة إلى التعاقد . ومن المسلم فى الفكر القانونى أن عرض البضائع فى واجهات المتاجر أو نحوها مع بيان أثمانها يعتبر إيجاباً . فى حين أن النشر والإعلان عن السلع أو الخدمات وإرسال أو توزيع قوائم الأسعار الجارى التعامل بها لايعتبر إيجاباً . مالم يتضح العكس من ظروف الحال [١] .

ومن أبرز صور الإيجاب الموجه للجمهور . فضلا عن عرض البضائع فى واجهات الحوانيت مع تعليق أثمانها عليها . الإيجاب الذى توجهه الشركات والهيئات التى تقدم للجمهور الخدمات العامة بشروط تحددها . كهيئة السكك الحديدية وشركات الطيران والتأمين . ومنها كذلك وقوف سيارة الأجرة فى المكان المخصص لها فى انتظار من يركبها . ومن تلك الصور . فى النهاية .

---

(١) جاءت المادة ١٣٤ من المشروع التمهيدى متجاوبة مع ماذكرناه فى المتن . وهى فى ذلك تقول : « ١ – يعتبر عرض البضائع مع بيان أثمانها إيجاباً . ٢ – أما النشر والإعلان وبيان الأسعار الجارى التعامل بها ، وكل بيان آخر متعلق بعروض أو طلبات موجهة للجمهور أو للأفراد . فلا يعتبر عند الشك إيجاباً ، وإنما يكون دعوة إلى التفاوض » . وهذا الذى جاءت به المادة ١٣٤ من المشروع التمهيدى مستمد من المادة ٢/٧ و٣ من مدونة الالتزامات السويسرية والمادة ٧٣ من القانون البولونى . وانتقل حكم المادة ١٣٤ من المشروع التمهيدى المصرى إلى القانون العراقى (المادة ٨٠) وإلى القانون الأردنى (المادة ٩٤) ، كما أن القانون المدنى الكويتى قننه أيضا . وإن ارتفع به إلى مرتبة التأصيل (المادة ٤٠) .

ما نراه فى الكثير من البلاد من وضع الآلات الميكانيكية تحت استعمال الجمهور كالموازين وآلات توزيع المنتجات .

وغنى عن البيان أن الإيجاب الموجه للجمهور يتضمن ، بطبيعة الأمور ذاتها ، قيداً معيناً مؤداه أن هذا الإيجاب يقع معلقاً على شرط توافر إمكانية تمشى صاحبه معه . فهيئة السكك الحديدية مثلا ، أو شركة مصر للطيران . وهى توجب لجمهور الناس نقلهم بالشروط التى تحددها ، تجعل إيجابها ذاك معلقاً على شرط توافر الأمكنة الشاغرة . ثم إن الإيجاب الموجه للجمهور لايخل بما تقتضيه التجارة من أوضاع . فإذا عرض أحد التجار ، مثلا ، سلعة فى واجهة محله وعليها ثمنها ، فإن عرضه هذا قد لايعتبر إيجاباً ببيعها ، إذا كانت ظروف الحال تدل على أنه قد وضعها للدعاية فحسب ، كما إذا كانت وحيدة من نوعها ليس لها مايماثلها فى متجره . كما أن التاجر ، بوضعه سلعة معينة فى متجره ، قد يقصد من وراء ذلك إبقاءها فى مكانها للدعاية ، وأنه يريد بيع سلعة أخرى تماثلها .

٥٩ — مقدمات الإيجاب :

فى بعض الأحيان ، يتم الإيجاب دون أن تسبقه مقدمات . ويحصل ذلك عادة فى إبرام العقود قليلة الأهمية ، ولاسيما العقود التى تقتضيها الحياة اليومية للناس ، كالعقد الذى نشترى بمقتضاه الصحف أو الفاكهة أو الخضر أو الملابس . وكعقد النقل الذى يبرمه الفرد منها بركوبه سيارة أجرة أو « أتوبيس » . وكالعقد الذى بمقتضاه يتناول الشخص القهوة أو الشاى فى مقهى ، أو الطعام فى مطعم ، أو ينزل فى فندق . ولكن فى العقود الهامة ، كبيع أرض أو منزل أو سيارة ، وكإيجار المنزل أو الأرض ، يغلب أن يجئ الإيجاب على أثر مفاوضات تطول أو تقصر ، أو على أثر دعوة إلى التعاقد . فكل ماسبق العزم النهائى على إبرام العقد ، ويستهدف مجرد التحضير أو التمهيد له ، لايعتبر من قبيل الإيجاب . بل هو من قبيل المفاوضات بشأنه ، أو من قبيل الدعوة إليه .

وقد تدق ، فى بعض الأحيان ، التفرقة بين الإيجاب وبين المقدمات التى تسبقه ، وهى التى كثيراً مايطلق عليها الدعوة إلى التعاقد أو الدعوة إلى التفاوض . وخير معيار نراه فى هذا الصدد هو أن نتبين . وفق مايتضح من ظروف الحال . ماإذا كان العرض ينم عن عزم صاحبه على إبرام العقد مباشرة . أى بمجرد أن يقبله الموجب له ، أم عن مجرد التمهيد أو التحضير له[1]. فإذا كان الأمر الأول ، كنا بصدد إيجاب . وإن كان الأمر الثانى ، كنا بصدد دعوة إلى التعاقد أو التفاوض . فقوام معيارنا أمران جوهريان : (الأول) العزم النهائى من العاقد مقدم العرض على إبرام العقد . فلايكفى مجرد الرغبة فيه إذا لم تصل إلى حد البت . (الثانى) أن يحصل العرض المتضمن العزم النهائى على إبرام العقد على صورة بحيث إن مجرد صدور قبوله من الطرف الآخر يكون من شأنه أن يؤدى إلى قيام العقد على أساسه . وهذا الأمر وذاك يتطلبان فى العرض ، لكى يرتقى إلى مرتبة الإيجاب ، أن يتضمن ، فى الأقل ، طبيعة العقد المراد إبرامه وشروطه الأساسية .

وتطبيق المعيار السابق يؤدى بنا إلى اعتبار العرض الذى لاينطوى إلا على مجرد الرغبة فى إبرام عقد ما ، دون بيان كل أركانه ، مجرد دعوة إلى التعاقد . ومثال ذلك اللافتة التى يعلقها الشخص على داره متضمنة مايفيد أنه للبيع أو أنه للإيجار . وكذلك الإعلان الذى ينشر لهذا الغرض . والسبب فى ذلك أن الشخص ، بعرضه الدار للبيع أو للإيجار ، مجرداً عن ذكر كل أركانه ، حيث ينتقص الثمن أو الأجرة ، لايقصد أن يتعاقد مع كل شخص يتقدم إليه ، وإنما يقصد أن يتعاقد مع من يقبل شروطه ، فهو بذلك لاينم عن عزم نهائى فى إبرام العقد . وبالتالى فهو لايوجب بالتعاقد ، وإنما يدعو الناس إليه . ومثال العرض الذى لاينطوى إلا على مجرد الرغبة فى إبرام العقد دون تضمنه كل

---

(١) وقريب من هذا المعيار ما جاء فى حكم النقض الصادر فى ١٩ يونيه ١٩٦٩ فى الطعن رقم ٣٢٣/٣٥ ق مجموعة أحكام النقض س ٢٠ قاعدة ١٥٩) من أن « الإيجاب هو العرض الذى يعبر به الشخص الصادر منه على وجه جازم عن إرادته فى إبرام عقد معين ، بحيث إذا اقترن به قبول مطابق انعقد العقد » .

أركان العقد ، والذى لايرتقى من ثم إلى مرتبة الإيجاب ولكنه يقف عند حد الدعوة إلى التعاقد ، ما قضى به من أن عرض شخص على آخر القيام بعمل معين ، دون تضمن الشروط والتفاصيل اللازمة ، لايعتبر إيجاباً (١) .

ومن قبيل العرض الذى لاينم عن عزم صاحبه على إبرام الصفقة بمجرد أن يصدر القبول ممن يوجه إليه الإعلانات عن السلع أو الخدمات التى تنشر فى الصحف وغيرها من سبل الإعلام مرئية كانت أم صوتية . وكذلك إرسال أو توزيع قوائم الأسعار الجارى التعامل بها ، سواء أكان للجمهور أم لأفراد معينين من الناس . فكل ماسبق لايعدو ، فى الأصل ، أن يكون مجرد سبيل للدعاية والإعلان لحث الناس على التعامل (٢) . فهو يتمثل إذن دعوة إلى التعاقد أو التفاوض ، وليس إيجاباً به ، وذلك بالضرورة مالم يظهر العكس من ظروف الحال .

ومن قبيل العرض الذى لايعتبر إيجاباً ، وإنما مجرد دعوة إلى التعاقد ، اعتباراً بأنه لايتضمن العزم النهائى على إبرام العقد بمجرد صدور قبوله ممن يوجه إليه ، ذاك الذى يوجه إلى أشخاص عديدين أو إلى جمهور الناس ، إذا اتضح من الظروف أن شخصية من يراد التعاقد معه محل اعتبار أساسى فى التعاقد ، بحيث يكون لصاحب العرض أن يتخير من يريده . ومثال ذلك أن يعلن شخص فى الصحف عن حاجته إلى سكرتير خاص . فمثل هذا الإعلان ، لاينطوى على إيجاب بإبرام عقد العمل ، بل على مجرد دعوة إلى التعاقد . حتى لو تضمن الأركان والشروط الجوهرية المراد إبرام العقد على أساسها ، كما إذا ذكر فى الإعلان المؤهلات المطلوبة فى السكرتير والأجر والمدة المعروضين . والسبب فى عدم اعتبار العرض هنا إيجاباً هو أن

---

(١) راجع استئناف مختلط ١٩٠٤/٣/٢ ب ١٦ ص ١٤٧ و ١٩٠٢/٤/٢٤ ب ١٤ ص ٢٦٤ (والحكمان مشار إليها فى مؤلف استاذنا السنهورى ، *الوسيط* ج ١ ط ٢ ص ١٢١ هامش ٢).

(٢) وذلك بخلاف عرض البضائع مع بيان أثمانها ، فهو يعتبر إيجاباً لأنه يتضمن عزم التاجر على البيع لأى شخص يرغب فى الشراء بالثمن المعروض . راجع ما سبق أن ذكرناه فى المتن ، نبذة ٥٨ .

صاحب الإعلان لا يقصد بالضرورة أن يتعاقد مع كل من يتقدم إليه ، بل هو ، بالإعلان الذى أجراه ، يدعو الناس إلى التقدم إليه ، ليتخير من بينهم من يشاء .

ومن الأمور التى لا تصل إلى مرتبة الإيجاب بالعقد ، وإنما تقف عند مجرد التفاوض فى شأنه والتحضير له أن يتقدم شخص بعرض متعلق بشئ معين كأن يشتريه ، إذا كان عرضه فى شأنه لايتفق مع حقيقة واقعه [١] .

وللتفرقة بين مايعتبر إيجاباً ، من ناحية ، وبين مايعتبر مفاوضة بشأن العقد أو دعوة إلى التعاقد ، من ناحية أخرى ، أهمية كبرى . فالإيجاب خطوة مباشرة إلى العقد . فهو يوجه إلى الطرف الآخر ، حتى إذا ما قبله ، قام العقد ، وماساغ بعد ذلك لمن وجه الإيجاب أن يتحلل منه . أما الدعوة إلى التعاقد ، فهى لاتتضمن أكثر من أن يستحث بها صاحبها الشخص الذى وجهت إليه على أن يتقدم للتعاقد معه ، حتى إذا مااستجاب هذا إليها ، تقدم للأول بإيجابه . فمن ينشر فى الصحف إعلاناً يطلب فيه سكرتيراً خاصاً له ، مثلا ، يدعو الجمهور إلى التعاقد معه . فإذا لبى أحد الأفراد دعوته هذه ، تقدم له بإيجابه . وهنا يكون لناشر الإعلان أن يقبل هذا الإيجاب أو يرفضه ، دون أن يكون عليه فى ذلك معقب ، كأصل عام .

وهكذا نجد الدعوة إلى التعاقد خطوة إلى الإيجاب ، فى حين أن الإيجاب خطوة إلى العقد .

ولهذا التكييف أهمية بالغة . فالإيجاب ، إذا ماقبل ، نشأ العقد ، وما ساغ للموجب بعد ذلك أن يتحلل من إيجابه ، كما سبق لنا أن بينا . أما إذا لبيت

---

(١) انظر نقض ١٩٥٠/١/٩ قضية رقم ١٨/٨٨ ق مجموعة النقض س١ ص٢٠٣ قاعدة ٥٦ . وتتلخص وقائع الدعوى التى صدر فيها الحكم فى أن شخصاً تقدم بعرض شراء قطعة أرض من آخر مع اختلاف عرضه مع حقيقة الأرض بالنسبة إلى حدودها ومساحتها . وقضت محكمة الموضوع برفض دعوى صحة ونفاذ عقد البيع المقامة من صاحب العرض . وباركت المحكمة العليا هذا القضاء ، اعتباراً بأن الاختلاف على مساحة المبيع وحدوده يجعل البيع غير قائم وإن كل ماحصل هو مجرد أعمال تحضيرية لم تنته باتفاق ملزم للطرفين .

الدعوة إلى التعاقد، فلايترتب على تلبيتها أكثر من إيجاب يقدم إلى من وجهها. وللموجب له . كأصل عام ، كامل الحرية فى أن يقبل الإيجاب أو يرفضه . وهكذا نصل إلى أنه يجوز لمن يدعو الناس إلى التعاقد أن يرفض إتمامه مع من يستجيب لدعوته . والأصل أن رفضه التعاقد هنا لايحمله بالمسئولية [١] .

٦٠ ــ أثر الإيجاب :

الإيجاب . كما بينا ، هو العرض الذى يتقدم به أحد العاقدين منطوياً على رغبته النهائية فى إبرام العقد . بشرط أن يتضمن ، فى الأقل . تحديد أركان هذا العقد التى يرغب هو أن يقوم التعاقد عليها وشروطه الأساسية . والفرض الآن أن الإيجاب قد تم . الفرض . مثلا . أن شخصاً معيناً عرض على آخر أن يبيعه أرضاً محددة بثمن معلوم . ونريد هنا أن نحدد أثر هذا الإيجاب .

يقتصر أثر الإيجاب على أنه عرض يتقدم به أحد طرفى العقد المراد إبرامه للآخر . فهو بالضرورة لاينطوى على إلزام للمتعاقدين . فالذى يرتب القوة الملزمة للمتعاقدين هو العقد نفسه . أما الإيجاب فهو مجرد خطوة

---

(١) ولا يستثنى من ذلك إلا الحالة التى يعتبر رفض التعاقد فيها عملا خاطئاً من شأنه أن يستوجب المسئولية ، على أساس العمل غير المشروع . فهناك أشخاص يدعون الناس ويستحثونهم على التعاقد معهم ، كالتجار ينشرون على الجمهور إعلاناتهم ويبعثون إليهم بقوائم أسعارهم ، وكأصحاب الفنادق والمطاعم يفتتحون محلاتهم داعين الناس إليها ، وكأرباب الصناعات والأعمال يدعون العمال إلى العمل لديهم ، مثل هؤلاء الأشخاص ، وإن كان لهم ، كأصل عام ، أن يرفضوا التعاقد مع من يستجيب لدعوتهم ، إلا أنه ، إذا ثبت أن رفضهم قد تجرد عن المبرر والمسوغ ، اعتبر ذلك منهم عملا خاطئاً من شأنه أن يشغل مسئوليتهم التقصيرية . إذ أنهم هم الذين استحثوا الناس على التعاقد معهم . فلا يسوغ لهم نتيجة ذلك أن يرفضوا هذا التعاقد بعد أن تلبى دعوتهم ، من من غير أن يستندوا فى ذلك إلى مبرر معقول . ومن شأن إعمال فكرة المسئولية التقصيرية هنا الحكم بالتعويض لمن رفض التعاقد معه . وقد يرى القاضى أن خير ما يفعله هنا هو أن يقضى بالتعويض العينى ، فيحكم باعتبار العقد ، الذى رفض إبرامه ، قائماً . وهنا يقوم العقد ، لا على أساس توافق الإيجاب والقبول ، ولكن على أساس التعويض العينى . (راجع فى المسئولية عن الخطأ فى رفض الإيجاب المقدم على أثر الدعوة إلى التعاقد : السنهورى ، الوسيط ج ١ نبذق ١٠٠) .

إلى العقد ، قد تصل بنا إليه ، وقد لاتصل . فهو يصل بنا إلى قيام العقد ، إذا ارتبط به القبول ، وإلا فلا .

والأصل فى الإيجاب أنه لا يلزم ، حتى من صدر منه ، أى الموجب . فلهذا أن يرجع عنه بعد تقديمه . أى أن له أن يسحبه ، طالما بقى مجرد إيجاب ، أى لم يقترف به بعد قبول . ويستفاد هذا الحكم ، عن طريق مفهوم المخالفة ، من نص المادة ٩٣ . فهذا النص يفرض على الموجب التزاماً بالإبقاء على إيجابه ، إذا عين ميعاداً للقبول . فهو إذن لايلتزم بالإبقاء عليه عند انتفاء هذا التعيين . فكأن الأصل العام هو أن الموجب لايلتزم بإيجابه . بمعنى أنه يسوغ له أن يرجع فيه ، قبل أن يقترن به القبول من الطرف الآخر . وهذا الحكم من بعد هو الذى يسود فى الفكر القانونى المعاصر بوجه عام[١] . كما أن جمهور فقهاء المسلمين يقولون به ، وهو مؤدى مايسمى عندهم « خيار الرجوع »[٢] .

ويلاحظ أن الإيجاب ، فى ظل القانون المصرى ، لايعتبر قائماً ، إلا بعد أن يتصل بعلم الموجب له . إذ أنه تعبير عن الإرادة . والتعبير عن الإرادة لاينتج أثره القانونى ، إلا بعد أن يتصل بعلم من وجه إليه (المادة ٩١) ، وفقاً لما سبق لنا أن بيناه[٣] . فقبل أن يتصل الإيجاب بعلم من وجه إليه ، يستطيع الموجب دائماً أبداً أن يعدل عنه . ويتم له ذلك بإخطار الموجب له بعدوله ، بشرط أن يصل إليه هذا الإخطار قبل أن يصل إليه

---

(١) تتنازع هذا الحكم فى القانون المقارن فكرتان : تقوم أولاهما على التزام الموجب بإيجابه ، فتحرمه من الرجوع فيه ، ما لم يتضمن ما ينم عن قصده فى الاحتفاظ بحقه فى ذلك . أما الفكرة الثانية ، فلا تضفى على الايجاب فى ذاته صفة الإلزام ، وتخول بالتالى لصاحبه أن يرجع فيه ، طالما لم يقترن به بعد قبول . وهذه الفكرة الأخيرة هى التى تسود فى الغالبية الكبرى من القوانين المعاصرة .

(٢) وقد أخذت المجلة بخيار الرجوع (المواد ١٨٢ — ١٨٥) . وذهب رأى فى المذهب المالكى يقول بلزوم الإيجاب على صاحبه ، حتى أنه إذا رجع فيه ، وصدر بعد ذلك القبول فى مجلس العقد ، انعقد العقد (راجع الحطاب ج ٤ ص ٢٤٠) .

(٣) راجع ما سبق ، نبذة ٥٠ و ٥٢ .

الإيجاب نفسه [١] ، أو حتى فى نفس وقت وصوله . كما إذا أرسل الموجب إيجابه بالبريد العادى . ثم ضمن عدوله برقية بعث بها إلى الموجب له . ووصلت إليه أولا أو فى نفس الوقت .

ولكن الأمر لايقف عند حد إمكان الموجب العدول عن إيجابه . قبل أن يتصل هذا الإيجاب بعلم من وجه إليه . بل إنه حتى إذا اتصل الإيجاب بعلم من وجه إليه . واكتمل له بالتالى كيانه القانونى كإيجاب قائم . يكون لمن أجراه . كقاعدة عامة . أن يرجع فيه . طالما بقى مجرد إيجاب . أى طالما لم يقترن به قبول الموجب له . على نحو ماسبق لنا أن بيناه منذ قليل . أما بعد أن يقترن القبول بالإيجاب . فلايسوغ بالضرورة للموجب أن يتحلل من الصفقة . فمن الحق أن له . كقاعدة عامة . أن يرجع فى إيجابه . ولكن . فى حالتنا هذه . لم يعد هناك إيجاب ما . حتى يمكن الرجوع عنه . فالإيجاب الذى كان قائماً قد تفاعل مع قبول الموجب له . ونشأ عن تفاعلهما شئ جديد مستقل عنهما . وهو العقد . والقاعدة أنه لايسوغ لأحد المتعاقدين أن يستقل بنقض العقد .

وهكذا نصل إلى أنه يسوغ للموجب . كأصل عام . أن يرجع عن إيجابه . طالما أنه لم يقترن به قبول . من هنا جرى القول بأن الإيجاب فى الأصل يقع غير ملزم . أى أنه لايلزم صاحبه بالإبقاء عليه . فى انتظار أن يلحقه القبول .

٦١ — التزام الموجب بإيجابه إذا اقترن بميعاد للقبول : إذا كانت القاعدة العامة هى أن الإيجاب يقع غير ملزم ، بالمعنى الذى حددناه . إلا أن هذه القاعدة ليست مطلقة . فيرد عليها استثناء هام . ومؤدى هذا الاستثناء أن الإيجاب يقع ملزماً . ويمتنع بالتالى على الموجب الرجوع فيه : إذا كان هذا قد حدد لمن وجهه إليه ميعاداً ، يبدى خلاله رأيه فيه . قبولا أو رفضاً ،

---

(١) راجع نقض ١٠ ابريل ١٩٥٨ ، مجموعة النقض س ٩ ص ٣٥٩ ، وقدسبقت الإشارة إليه .

أو كانت ظروف الحال أو طبيعة المعاملة تقتضيه ، وذلك طوال هذا الميعاد . وفى ذلك تقضى المادة ٩٣ مدنى بأنه : « إذا عين ميعاد للقبول التزم الموجب بالبقاء على إيجابه إلى أن ينقضى هذا الميعاد . ٢ — وقد يستخلص الميعاد من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة »[١] .

فإذا حدد الموجب ميعاداً للموجب له ، لكى يبدى خلاله رأيه فى الإيجاب الذى يعرضه عليه ، إن قبولا أو رفضاً . تقيد الموجب بهذا الميعاد

---

(١) وقد جاءت المذكرة الإيضاحية للمادة ١٣٠ من المشروع التمهيدى ، والتى أصبحت بعد تعديلات لفظية المادة ٩٣ من القانون تقول : « يظل الموجب مرتبطا بإيجابه فى خلال الميعاد المحدد للقبول ، متى حدد له ميعاداً ، سواء فى ذلك أن يصدر الإيجاب لغائب أو حاضر . فإذا انقضى الميعاد ولم يصدر القبول ، فلا يصبح الإيجاب غير لازم فحسب ، بعد أن فقد ماتوافر له من قوة الإلزام ، بل هو يسقط سقوطا تاما . وهذا هو التفسير المعقول لنية الموجب . فهو يقصد ألا يبقى إيجابه قائما ، إلا فى خلال المدة المحددة ، مادام قد لجأ إلى التحديد . وقد يتصور بقاء الإيجاب قائما بعد انقضاء الميعاد ، ولو أنه يصبح غير لازم . ولكن مثل هذا النظر يصعب تمشيه مع مايغلب فى حقيقة نية الموجب ، ويراعى أن القول بسقوط الإيجاب ، عند انقضاء الميعاد ، يستتبع اعتبار القبول المتأخر بمثابة إيجاب جديد ، وهذا هو الرأى الذى أخذ به المشروع فى نص لاحق.

وغنى عن البيان أن الإيجاب الملزم يتميز فى كيانه عن الوعد بالتعاقد ، فالأول إرادة منفردة والثانى اتفاق إرادتين .

ويكون تحديد الميعاد فى غالب الأحايين صريحا ، ولكن قد يقع أحيانا أن يستفاد هذا التحديد ضمنا ، من ظروف التعامل أو طبيعته ، فإذا عرض مالك آلة أن يبيعها تحت شرط التجربة ؛ فمن الميسور أن يستفاد من ذلك أنه يقصد الارتباط بإيجابه ، طوال المدة اللازمة للتجربة . وعند النزاع فى تحديد الميعاد يترك التقدير القاضى . وتختلف هذه الصورة عن صورة الإيجاب الموجه إلى الغائب بغير تحديد صريح أو ضمنى لميعاد ما ، وقد عالجها المشروع فى المادة التالية ، فقضى بأن يبقى الموجب ملتزما بإيجابه إلى الوقت الذى يتسع لوصول قبول يكون قد صدر فى وقت مناسب وبالطريق المعتاد .

وإذا كان الإيجاب غير ملزم فى رأى القضاء المصرى ، فقد انحصر الاشكال فى تعيين الفترة التى يظل الإيجاب قائما فى خلالها ، إذا لم يكن قد عدل عنه . وقد جرى القضاء فى هذا الشأن على أن الإيجاب لا يسقط ، إلا إذا عدل عنه الموجب ، أو ما لم يكن قد اتفق على ميعاد يسقط بانقضائه (استئناف مختلط ٢٧ نوفمبر سنة ١٩١٧ ب ٣٠ ص ٦٢) أو ما لم يكن قد تبين بجلاء أن المتعاقدين قد اتفقا ضمناً على ميعاد . أما فيما يتعلق بتحديد الميعاد الذى يتفق عليه ضمنا ، فللقاضى أن يقوم بتحديده ، إذا لم يحدده المتعاقدان بوجه من الوجوه ؛ بالرجوع إلى نية الموجب وفقا لظروف كل حالة بخصوصها (استئناف مختلط ١٨ يناير سنة ١٩١٢ ب ٢٤ ص ١٠٠) ».

وامتنع عليه الرجوع عن إيجابه، مابقى الميعاد قائماً لم ينقض. فإن وقع منه هذا الرجوع قبل فوات الأجل المحدد ، اعتبر رجوعه هذا كأن لم يكن أصلا ، لحصوله بمخالفة التزام يفرضه القانون عليه بالإبقاء على إيجابه طوال المدة المحددة. وهكذا يظل الإيجاب ، فى حالتنا قائماً ، برغم رجوع الموجب غير المشروع عنه . ويترتب على ذلك أنه إذا صدر القبول ، خلال الميعاد المحدد ، اعتبر مصادفاً إيجاباً قائماً . ونشأ بالتالى العقد . حتى لو كان الموجب قد غير فى الحقيقة رأيه ، بعد أن اتصل إيجابه بعلم الموجب له . وأبلغ هذا الأخير بعدوله .

يبين مما سبق أن الإيجاب يقع ، استثناء من القاعدة العامة ملزماً ، بمعنى أن الموجب يلتزم بالإبقاء عليه ، إذا كان قد حدد للموجب له ميعاداً لإصدار قبوله أو رفضه ، وذلك خلال هذا الميعاد . وهذا الحكم الذى تقضى به المادة ٩٣ لايعدو أن يكون تفسيراً من المشرع لإرادة الموجب . فهذا الأخير ، إذ يحدد للموجب له ميعاداً يبدى خلاله رأيه فى إيجابه ، يريد بالضرورة أن يبقى ملتزماً بهذا الإيجاب خلال هذا الميعاد .

والإيجاب ، إذ يصير ملزماً للموجب ، خلافاً للأصل العام ، إذا حدد هذا الأخير للموجب له ميعاداً يبدى خلاله رأيه بشأنه ، فإن هذا التحديد قد يجئ صريحاً . وقد يستدل عليه ضمناً من ظروف الحال ، أو طبيعة المعاملة . ومثال التحديد الصريح ، أن يعرض شخص معين على آخر أن يبيعه منزله بثمن محدد ، ويترك له مهلة أسبوع أو أكثر أو أقل ، ليتدبر فيها أمره ، ويقبل الصفقة أو لايقبلها .

أما التحديد الضمنى لميعاد القبول ، فهو ذاك الذى يستدل عليه من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة ، كما قلنا . ومثاله أن يعرض شخص على آخر أن يبيعه سيارة أو ماكينة على شرط التجربة . فظروف الحال هنا تدل على أن الموجب يترك للموجب له الميعاد الذى تستغرقه التجربة بحسب المألوف ، لكى يدلى خلاله برأيه [١] . ومثال التحديد الضمنى لميعاد القبول

---

(١) راجع المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى عن المادة ١٣٠ .

أيضاً أن يتقدم شخص بعطاء فى مزاد أو فى مناقصة ؛ فظروف الحال هنا تدل على أن الإيجاب الذى ينطوى عليه تقديم العطاء يتضمن الميعاد اللازم لتقديم عطاء آخر يزيد عليه أو يقل عنه . أو لفض المظروفات . إذا كان المزاد أو المناقصة قد حصل بطريقته . و مثال التحديد الضمنى لميعاد القبول فى النهاية ، ما يحصل فى التعاقد بالمراسلة . فإذا أرسل شخص ، مثلا إلى آخر خطاباً يعرض عليه صفقة معينة ؛ دلت ظروف الحال ، فى غالب الأحيان . على أن الموجب يترك للموجب له ميعاداً مناسباً . يبدأ من وصول الخطاب إليه . لكى يتدبر فيه أمره ويبت فى العرض برأيه . ثم يرسل إليه رده . وهكذا تدل ظروف الحال هنا على أن الموجب أراد أن يلتزم بإيجابه طوال المدة اللازمة . بحسب الظروف العادية المألوفة ، لكى يبت الموجب له برأيه ويبعث برده ويصل هذا الرد إلى الموجب . وعلى أية حال فاستخلاص التحديد الضمنى لميعاد القبول ومداه أمر تدل عليه طبيعة المعاملة وظروف التعاقد . وهو من بعد أمر يتعلق بالواقع ، ولقاضى الموضوع فيه فصل القول . دون رقابة عليه من محكمة النقض .

نخلص من كل ما سبق أن الإيجاب . وإن كان بحسب الأصل غير ملزم . بمعنى أنه يسوغ لمن أصدره أن يرجع فيه أو أن يسحبه . طالما أن القبول لم يقترن به . إلا أنه يرد على هذا الأصل استثناء هام . مؤداه أن يقع الإيجاب ملزماً . ويمتنع بالتالى على الموجب الرجوع فيه . وذلك إذا كان الموجب قد حدد ميعاداً للموجب له . لكى يبدى خلاله رأيه فى إيجابه . حيث يكون الإيجاب هنا ملزماً طوال الميعاد المحدد لإبداء الرأى . وسواء بعد ذلك أن يكون تحديد الميعاد صريحاً أو أن يستدل عليه ضمناً من طبيعة المعاملة أو ظروف الحال [1] .

---

(١) ويلاحظ أنه لا يوجد فى القانون الفرنسى نص تشريعى يمس هذا الحكم ، وإن كان القضاء الفرنسى يجمع على اتباعه أو يكاد . بل إن ثمة اتجاهاً ، فى الفقه الفرنسى ، يميل إلى اعتبار كل إيجاب أنه مقترن ضمناً بميعاد معقول للقبول يكون ملزماً خلاله ، ويتيح لمن وجه إليه فرصة =

٦٢ — سقوط الإيجاب :

بينا ، فيما سبق ، أن أثر الإيجاب فى ذاته يقتصر على كونه مجرد عرض يتقدم به صاحبه ، أى الموجب ، إلى من يُوجه إليه ، أى الموجب له ، لإبرام الصفقة بينهما . وإذا كان للموجب ، كقاعدة عامة ، أن يرجع فى

= مناسبة للتفكير . راجع فى ذلك Mazeaud ، المؤلف السابق الإشارة إليه ، نبذة ١٣٤ . وكما هو الحال فى القانون الفرنسى ، لم يكن فى قانوننا المدنى القديم نص يملى الإلزام للإيجاب عندما يقترن بميعاد محدد للقبول . ومع ذلك اتجه الفكر القانونى تحت ظله ، فقها وقضاء ، إلى القول بذلك الإلزام (راجع السنهورى ، الوسيط ج ١ نبذة ١٠٣) .

وأمام عدم وجود نص فى القانون الفرنسى وفى قانوننا المصرى القديم يقرر إلزام الإيجاب المقترن بميعاد محدد للقبول ، حاول الفقهاء تأسيس هذا الإلزام على القواعد القانونية العامة . وفى هذا الصدد ثار الجدل حاداً وعنيفاً ، وتعددت الآراء . وأرجع بعض الفقهاء هذا الإلزام إلى إرادة الموجب المنفردة . ورأى البعض الآخر أن إلزام الإيجاب المقترن بميعاد للقبول لا يرجع إلى الإرادة المنفردة للموجب ، بل إلى عقد يبرم بين الموجب والموجب له ، ويتضمن التزام الأول بالإبقاء على إيجابه طوال الميعاد المحدد للقبول . فوفقاً لهذا الرأى ، ينطوى الإيجاب المقترن بميعاد للقبول على إيجابين ، لا واحد فحسب . فهو ، إلى جانب اعتباره إيجاباً بالصفقة ذاتها ، يتضمن إيجاباً آخر بالإبقاء على عرض الصفقة على الموجب له طوال المدة المحددة . وهذا الإيجاب الأخير يتمحض عن مجرد منفعة للموجب له ، فسكوته ينهض قبولا بالنسبة إليه . وهكذا يقوم عقد غير مسمى ، يلتزم الموجب بمقتضاه بالإبقاء على إيجابه بالصفقة خلال المدة المحددة . ورأى فريق ثالث من الفقهاء أن الإيجاب المقترن بميعاد للقبول لا يتولد عنه التزام ناشىء عن العقد ولا عن الإرادة المنفردة ، ولكن رجوع الموجب عن إيجابه قبل فوات الميعاد الذى حدده ينطوى على فعل خاطىء يلزمه بتعويض الضرر الذى نشأ عنه للموجب له ، وقد يرى القاضى أن خير تعويض يحكم به هو اعتبار الايجاب قائماً لم ينقض ، فيقوم العقد على أساسه إذا ما صادفه قبول الموجب له . وهكذا وصل هذا الرأى الثالث إلى فكرة الإبقاء على الإيجاب المقترن بميعاد طوال مدته ، على أساس المسئولية التقصيرية . والرأى الثالث هو أقل الآراء نجاحاً فى فرنسا ، حيث انقسم الفقه والقضاء فى مجموعهما بين الرأيين الأولين ، وإن كانت كفة الرأى الثانى أرجح ، بسبب عدم التسليم ، كمبدأ عام ، بأن للإرادة المنفردة أن تنشئ الالتزام ، نتيجة عدم وجود نص فى القانون الفرنسى يخولها هذه القوة بشكل قاطع . وكذلك كان الشأن تحت ظل قانوننا الملغى .

ولم تعد لهذا الجدل ، تحت ظل قانوننا الحالى ، أية قيمة عملية . والسبب فى ذلك أن المادة ٩٣ منه تقطع بأن الإيجاب المقترن بميعاد للقبول يقع ملزماً . وبهذا أغنانا المشرع عن مئونة البحث فى أساس لتقرير هذا الإلزام . ولم يكن هذا هو أمر قانوننا القديم ، ولا أمر القانون الفرنسى الحالى ، حيث جاءا خاليين من نص يقرر إلزام الإيجاب فى حالتنا ، فكان طبيعياً ، والحال هذه ، أن يبحث الفقهاء تحت ظلهما عن أساس لتقرير إلزامه فيهما . =

إيجابه طالما لم يقترن به القبول . إلا أن لهذا الإيجاب فى ذاته أثراً جوهرياً هاماً . فطالما هو باق لم ينقض ، فهو يتيح للقبول أن يلحقه ، وبالتالى للعقد أن يقوم . ومن ثم كان من الأهمية البالغة أن نحدد متى يزول الإيجاب : أو متى يسقط [١] ، إن قدر له هذا المصير . لأن الإيجاب إن سقط ، وأتى القبول بعد ذلك ، فإن العقد لا يقوم ، وإنما يعتبر القبول ايجاباً جديداً موجهاً لصاحب الإيجاب الأصلى الساقط ، يقبله أو لا يقبله وفقما يريد .

وإذا قام الإيجاب مكتملا وجوده القانونى ، فإنه يسقط بواحد من الأمور الآتية :

١ — رجوع الموجب فى إيجابه : فللموجب ، كما بينا ، أن يرجع فى إيجابه ، مالم يكن مقترناً بميعاد للقبول [٢] . ولا يعتبر القبول مقترناً بالإيجاب إلا من الوقت الذى يتصل فيه القبول بعلم الموجب ، تطبيقاً لقاعدة أن التعبير عن الإرادة لا ينتج أثره ، إلا من الوقت الذى يتصل فيه بعلم من

= وبرغم انتفاء الأهمية العملية ، تحت ظل قانوننا الحالى ، للبحث فى أساس إلزام الإيجاب المقترن بميعاد للقبول ، فقد تعرض له فقهاؤنا . وقد انقسموا بصدده فريقين . تشيع أولهما للرأى الذى يرجع أساس الإلزام إلى الإرادة المنفردة ، قائلا بأننا نوجد هنا أمام إحدى الحالات التى ينشأ فيها الالتزام بمقتضى الإرادة المنفردة ، لوجود نص يخولها هذه القوة (السنهورى ، الوسيط ج ١ نبذة ٢٠٤ — عبد المنعم الصده ، مصادر الالتزام ، نبذة ٨٧ — جمال زكى ، الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات ، نبذة ٤٣) . وتشيع الفريق الثانى للرأى الذى يرجع أساس الإلزام إلى فكرة العقد . والرأى الأول هو الصحيح .

(١) لن نعرض هنا لحالة التى يعدل فيها الموجب عن إيجابه ، ويتصل عدوله هذا بعلم الموجب له قبل أن يتصل بعلمه الإيجاب نفسه أو فى نفس الوقت . فى هذه الحالة ، الإيجاب لا يسقط فى الحقيقة . فمؤدى السقوط أن يقوم الشىء ثم يزول . أما فى حالتنا ، فإن الإيجاب لم يقم أصلا . إذ أن التعبير عن الإرادة ، كما بينا أكثر من مرة ، لا ينتج أثره بمجرد صدوره من صاحبه ، وإنما باتصاله بعلم من وجه إليه . أما والفرض أنه قد عدل عن الايجاب قبل اتصاله بعلم من وجه إليه أو فى نفس الوقت ، فهو يعتبر أنه لم يقم أصلا . وما لا يقوم أصلا لا يسقط ، لأنه لا حاجة به إلى السقوط .

(٢) ويلاحظ أن تكرار الإيجاب من الموجب يعتبر رجوعاً عن الإيجاب الأول . وفى ذلك تقضى المادة ١٨٥ من المجلة بأنه : « تكرار الإيجاب قبل القبول يبطل الأول ويعتبر فيه الإيجاب الثانى ... » .

وجه إليه . وهكذا يسوغ للموجب . كقاعدة عامة ، أن يرجع فى إيجابه إلى الوقت الذى يعلم فيه بقبوله من الموجب له .

٢ — **رفض الموجب له الإيجاب** : يسقط الإيجاب بالضرورة إذا رفضه الموجب له . ويسرى هذا الحكم . سواء أكان الإيجاب ملزماً للموجب ، بسبب اقترانه بميعاد للقبول ، أم غير ملزم له . لتجرده عن هذا الميعاد . فالإيجاب يوجه إلى الموجب له . ليبت فيه برأيه . فإن رفضه . سقط ، ولو كان له ميعاد وكان الميعاد لم ينقض بعد . حتى إذا ماعاد الموجب له بعد ذلك إلى ارتضاء الصفقة . فإن رضاءه هذا لايعتبر قبولا ، لأن القبول يوجه إلى إيجاب موجود ، ولم يعد هناك إيجاب ، بسبب سقوطه نتيجة رفضه السابق . ولكن رضاء الموجب له ، بعد سبق رفضه للإيجاب الذى وجه فى البدء إليه ، يقع منه بمثابة إيجاب جديد .

ولرفض الإيجاب صور عديدة . فقد يأتى صريحاً . وقد يستدل عليه ضمنياً ، كما أن القانون قد يقرره حكماً . وإذا تم الإيجاب فى مجلس العقد أو بالتليفون أو بأى طريق آخر مماثل ، أى حال كون المتعاقدين يتناقشان بشأنه مباشرة . بحيث يصل التعبير عن إرادة كل منهما للآخر بمجرد صدوره ، فإن الإيجاب يعتبر ، فى أبعدالحدود . مرفوضاً حكماً . إذا انفض مجلس العقد . من غير أن يلحقه قبول (المادة ٩٤) . وذلك مالم يكن قد رفض من قبل . ويستثنى من ذلك الحالة التى يقترن فيها الإيجاب بميعاد للقبول يستمر إلى مابعد انفضاض مجلس العقد . وإذا تم الإيجاب عن طريق المراسلة ، اعتبر الإيجاب على أية حال مرفوضاً ، إذا لم يلحقه القبول فى الوقت المعقول الذى يبدى فيه الموجب له رأيه عادة ، وذلك مالم يتضح اقترانه بميعاد أطول للقبول . ويلاحظ أن قبول الموجب له الصفقة . بما يتضمن زيادة فى الإيجاب المعروض عليه أو إنقاصاً منه أو تقييداً من إطلاقه أو تعديلا فيه بأية صورة أخرى ، يعتبر رفضاً ضمنياً للإيجاب الأصلى متضمناً إيجاباً جديداً (المادة ٩٦) .

٣ — يسقط الإيجاب إذا كان الموجب قد حدد لذات بقائه ميعاداً ليبدى الموجب له خلاله رأيه فيه ، ثم فات هذا الميعاد من غير أن يصدر القبول . وفى هذه الحالة يزول الإيجاب كلية ، أى أنه يزول ، لا على اعتبار أنه إيجاب ملزم فحسب ، بل على اعتبار أنه إيجاب أصلا ، وذلك مالم يتضح غيره من نية الموجب . « وهذا هو التفسير المعقول لنية الموجب . فهو يقصد ألا يبقى إيجابه قائماً إلا خلال المدة المحددة ، مادام قد لجأ إلى التحديد » [١] .

وإذا كان الإيجاب المقترن بميعاد يحدده الموجب ، ليبدى الموجب له رأيه فيه ، يسقط بفوات هذا الميعاد ، فإنه يكون من الأهمية بمكان أن نتبين إلى أى وقت يستمر الميعاد قائماً . وقد سبق لنا أن رأينا أن تحديد الميعاد الذى يقترن به الإيجاب قد يجئ صريحاً ، وقد يستخلص ضمناً من ظروف الحال . ولاصعوبة فى حالة التحديد الصريح للميعاد . ولكن الصعوبة تثور فى الحالة التى يتقدم فيها الموجب بإيجابه ، فى غير مجلس العقد ، دون أن يحدد ميعاداً صريحاً للقبول ، حالة كون ظروف الحال وطبيعة المعاملة تشعر بأن الموجب أراد أن يترك وقتاً للموجب له ليبدى رأيه فى إيجابه إن قبولا أو رفضاً . فهل يظل الإيجاب هنا قائماً إلى وقت غير محدد طالما أن الموجب له لم يرفضه ، أو أنه لايبقى قائماً إلا إلى وقت معلوم ، وإذا كان الأمر الأخير ، فكيف يتحدد الوقت الذى يبقى خلاله الإيجاب قائماً ؟

والرأى عندنا أن الإيجاب ، بحسب الأصل ، لايعطى من صاحبه منطلقاً ، أى بغير تحديد لزمن ، وذلك مالم يظهر غيره من نية الموجب . وهذا الحكم

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، تعليقا على المادة ١٣٠ منه ، التى أصبحت بعد بعض التعديلات اللفظية المادة ٩٣ من القانون مايأتى : « يظل الموجب مرتبطا بإيجابه فى خلال الميعاد المحدد للقبول ، متى حدد له ميعاداً ، سواء فى ذلك أن يصدر الإيجاب لغائب أو لحاضر . فإذا انقضى الميعاد ولم يصدر القبول ، فلا يصبح الإيجاب غير ملزم فحسب ، بعد أن فقد ما توافر له من قوة الإلزام ، بل هو يسقط سقوطاً تاماً . وهذا هو التفسير المعقول لنية الموجب . فهو يقصد ألا يبقى إيجابه قائماً ، إلا فى خلال المدة المحددة ، مادام قد لجأ إلى التحديد . وقد يتصور بقاء الإيجاب قائماً بعد انقضاء الميعاد ، ولو أنه يصبح غير لازم . ولكن مثل هذا النظر يصعب تمشيه مع ما يغلب فى حقيقة نية الموجب .... » .

لايعدو أن يكون تفسيراً لقصد الموجب ، فى الأعم الأغلب من الحالات . فالموجب حينما يتقدم بعرضه ، فى غير مجلس العقد ، إلى شخص يعلم أن ظروفه هو أو ظروف المعاملة نفسها تقتضى أجلا ليبدى خلاله رأيه فى عرضه يقصد بالضرورة أن يكون إيجابه محدداً بذلك الوقت لايتجاوزه [1] . وهذا

(١) وقد أخذت بالرأى اللى نقول به محكمة النقض فى حكمها الصادر فى ٢ يوليه ١٩٦٤ (طعن ٢٩/١٨٧ ق ، مجموعة أحكام النقض س ١٥ ص ٨٩٥ قاعدة ١٣٩) . وتتلخص وقائع الدعوى التى صدر فيها هذا الحكم فى أن إخوة ثلاثة تقدموا لإحدى شركات بيع الأراضى بطلب شراء قطعة أرض محددة بثمن معلوم ، دون أن يقترن طلبهم هذا (الذى اعتبر إيجابا منهم بالشراء) بميعاد صريح لصدور القبول من الشركة . أراد طالبو الشراء التملص من الصفقة بعد هبوط أسعار الأراضى إثر صدور قانون الإصلاح الزراعى ، فدفعوا بسقوط إيجابهم قبل أن يخطروا بقبول الشركة . وقد قضت محكمة الموضوع بأنه مادام الإيجاب قد وقع فى غير مجلس العقد ، ومادام هو لم يقترن بميعاد محدد القبول ، فإنه يبقى قائماً طوال الميعاد الذى يتسع لعرضه على مجلس إدارة الشركة ، وإخطار الموجبين بالرأى الذى ينتهى إليه هذا المجلس . وهكذا اعتبرت محكمة الموضوع أن الإيجاب فى خصوصية الدعوى ، وإن لم يذكر له ميعاد محدد صريح ، إلا أنه قد اقترن ضمناً بميعاد غير محدد صراحة من الموجب ، فقامت هى بتحديده مستخلصة إياه من طبيعة المعاملة وظروف الحال . وهذا الذى قالته محكمة الموضوع باركته بحق محكمة النقض وأيدته ، وجاءت فى حكمها تقول : « لقاضى الموضوع ، فى حالة صدور الإيجاب لغائب دون تحديد صريح لميعاد للقبول ، أن يستخلص من ظروف الحال وطبيعة المعاملة وقصد الموجب الميعاد الذى التزم البقاء فيه على إيجابه ، والقاضى فيما يستخلصه من ذلك كله وفى تقديره للوقت الذى يعتبر مناسباً لإبلاغ القبول لا يخضع لرقابة محكمة النقض ، متى كان قد بين فى حكمه الأسباب المبررة لوجهة النظر التى انتهى إليها . والمحكمة ، وهى بسبيل استخلاص الميعاد الذى قصد الموجب الالتزام فيه بإيجابه لها أن تتحرى هذا القصد من كل ما يكشف عنه . ولا تثريب عليها إذا استظهرته من أفعال تكون قد صدرت من الموجب بعد تاريخ الإيجاب . كما أنه لا على المحكمة ، فى حالة صدور الإيجاب من شركاء متعددين عن صفقة واحدة ، أن تستدل على قصدهم المتحد بأمور تكون قد صدرت من أحدهم كاشفة لهذا القصد » .

وهذا الذى قضت به محكمتنا العليا ، فى حكمها الذى انتهينا حالا من الإشارة إليه وأوردنا بعض عبارته ، والذى هو متفق تماما مع حكم القانون ، كانت المحكمة نفسها قد تخالفت معه فى حكم سبق لها أن أصدرته منذ أقل من سنة ، وهو الحكم الصادر فى ١٨ إبريل ١٩٦٣ (طعن ٢٨/٥٢ ق، مجموعة أحكام النقض س ١٤ ص ٥٥٠ قاعدة ٧٨) . وتتلخص الوقائع التى صدر فيها الحكم الأخير فى أن إحدى الشركات تقدمت بعطاء لمصلحة الجمارك لاستئجار بعض مخازن داخل الدائرة الجمركية بالسويس . ولم يتضمن العطاء ميعاداً صريحا لصدور القبول . جاءت مصلحة الجمارك وقبلت العطاء المقدم لها بعد مدة أربعة أشهر وعشرين يوما، وهى مدة بالغة الطول على مايظهر، =

هو الذى تشير إليه المادة ٩٣ / ٢ بقولها : « وقد يستخلص الميعاد (الميعاد المحدد من الموجب للقبول) من ظروف الحال أو من طبيعة المعاملة » وإذا كان هذا هو الأمر فى الأعم الأغلب من الحالات . فإنه لايقال بعكسه ، أى لايقال بورود الإيجاب منطلقاً فى وقته ، أى إلى أن يبدى الموجب له رأيه فيه ؛ إلا إذا اتضح من ظروف الحال أن ذلك هو إرادة الموجب . فالذى يدعى خلاف الظاهر الغالب عليه أن يقيم الدليل على مايدعيه . وفق ماتقضى به القواعد العامة فى الإثبات .

وإذا وصلنا إلى أن الموجب لايقصد . فى الحالة التى نحن بصددها . أن يكون إيجابه منطلقاً . بل يكون محدداً بميعاد معلوم ، فإن هذا الميعاد يتحدد وفق ظروف الحال وطبيعة المعاملة . وقاضى الموضوع هو الذى يقوم بهذا التحديد . وهو إذ يفعل . لايخضع لرقابة محكمة النقض ، لأنه يفصل فى أمر من أمور الواقع ؛ ويدخل بذلك فى مطلق سلطته التقديرية ، طالما استند قضاؤه إلى أسباب سائغة تحمله .

٦٣ — أثر الموت أو فقد الأهلية على الإيجاب :

تكلمنا فيما سبق [١] فى أثر الموت أو فقد الأهلية على التعبير عن الإرادة بوجه عام . ونريد هنا . ونحن بصدد بيان حالات سقوط الإيجاب . أن

= دفعت الشركة بعدم انعقاد العقد لصدور القبول بعد سقوط الإيجاب المقدم منها. لم تأخذ محكمة الموضوع بدفاع الشركة وقضت بقيام العقد ، تأسيساً على أن الشركة لم تكن قد عدلت عن إيجابها قبل أن يصدر القبول من مصلحة الجمارك . وأيدت محكمة النقض حكم محكمة الموضوع ، قائلة : «.وهذا الذى قرره الحكم صحيح فى القانون . ذلك أنه إذا لم يعين ميعاد للقبول لا يسقط الإيجاب إلا إذا عدل عنه الموجب . فإذا بقى على إيجابه حتى صدور القبول... تم العقد بتلاقى الإرادتين ، ولا يجوز بعد ذلك التنصل من العقد أو التحلل من آثاره». وحكم محكمتنا العليا هنا قد جانبه التوفيق.وهو يتخالف مع حكمها الصادر فى ٢ يوليه ١٩٦٤ والذى بدأنا بعرضه فى هذه الحاشية . ذلك لأن عدم اقتران الإيجاب بميعاد للقبول لا يكون عند مجرد عدم ذكر هذا الميعاد صراحة ، وإنما يلزم أيضا للقول بذلك ألا تدل ظروف الحال على أن الموجب أراد أن يقرن إيجابه بالميعاد الذى تقضيه تلك الظروف . وكان على محكمة الموضوع ، بعد أن استدلت على عدم وجود الميعاد الصريح للإيجاب ، أن تبحث فيما إذا كان الموجب قد أراد ضمنا أن يقرن إيجابه بالميعاد الذى تقتضيه ظروف الحال وطبيعة المعاملة من عدمه ؛ ثم فى تحديد هذا الميعاد الضمنى إن كان . أما ولم تفعل فكان حرياً بحكمها أن ينقض للفساد فى الاستدلال .

(١) راجع نبذة ٥٣ .

نتبين أثر الموت أو فقد الأهلية عليه بالذات ، لتحديد ماإذا كان أى منهما يؤدى إلى سقوطه من عدمه .

وثمة أمر أول لاصعوبة فى استخلاصه ، وهو أن الإيجاب يسقط بموت الموجب له أو فقد أهليته قبل أن يصدر منه القبول . ذلك لأن الإيجاب يوجه إلى الموجب له ليبدى رأيه فيه . إن قبولا وإن رفضاً . فإذا كان الموجب له قد مات أو فقد أهليته قبل أن يبت فى الإيجاب برأيه ، فإن الإيجاب هنا لن يقدر له أن يقبل منه ، فيصبح غير ذات موضوع ، فيسقط ويزول[١]. ولا يمكن هنا أن يقال إن رخصة القبول تنتقل من الموجب له إلى ورثته ؛ لأن الرخص بخلاف الحقوق لاتورث[٢] .

وثمة أمر ثان لاصعوبة فيه أيضاً ، وهو أن الإيجاب ، وإن كان يسقط كما بينا حالا بموت الموجب له قبل أن يصدر منه القبول ، فهو لا يسقط إذا كان موت الموجب له أو فقده الأهلية قد طرأ بعد أن يكون القبول قد صدر بالفعل منه ، حتى قبل أن يتصل بعلم الموجب . وهذا بطبيعة الحال مالم تكن شخصية الموجب له محل اعتبار فى التعاقد . ذلك لأن التعبير عن الإرادة ، وفقاً لما يقضى به القانون المصرى ، يستقل عن صاحبه بمجرد صدوره منه ، إعمالا للقاعدة التى أراد أن يتبناها ، وهى أن الإرادة لاتموت بموت صاحبها . وهكذا فإذا مات القابل ، بعد صدور القبول منه ، واتصل قبوله بعلم الموجب ، فإن العقد ينعقد، ويلتزم به ورثته فى حدود تركته[٣] و[٤] .

---

(١) والأعمال التحضيرية للقانون المدنى تؤيد الرأى الذى وصلنا إليه فى المتن (أنظر مناقشات لجنة المراجعة ، الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٣٢) .

(٢) والرأى القائل بسقوط الإيجاب بموت الموجب له أو فقده الأهلية قبل صدور القبول منه هو الرأى الذى يسود فى الفقه الإسلامى . وأن خالفه الأباضية ، حيث إنهم يجوزون لورثة الموجب له أن يقبلوا الإيجاب مكانه (شرح النيل ٨/٢٢٥) .

(٣) راجع فى هذا المعنى : السنهورى ، الوسيط ج ١ ، نبذة ٨٢ .

(٤) وهذا الحكم هو الذى يقول به الفقه الإسلامى ، لا تأسيساً على فكرة استقلال الإرادة عن صاحبها بمجرد التعبير عنها كما يقول بها القانون المصرى ، ولكن تأسيساً على فكرة أن التعبير عن الإرادة ينتج أثره فى الفقه الاسلامى بمجرد صدوره من صاحبه ، وبدون حاجة إلى اتصاله بعلم من يوجه إليه ، خلافاً لما يقضى به القانون المصرى .

يبقى أمر ثالث ومؤداه أن يكون الموت أو فقد الأهلية قد دهم الموجب نفسه بعد أن صدر منه الإيجاب ، وقبل أن يتصل بعلمه القبول ، فهل يسقط الإيجاب هنا أو لا يسقط ؟

إذا نظرنا إلى الإيجاب فى حد ذاته ، وجدنا أنه لا يتأثر ، فى ظل قانوننا المصرى ، بموت الموجب أو فقده الأهلية . لأن التعبير عن الإرادة ، كما قلنا مراراً وكما تقضى المادة ٩٢ ، يستقل عن صاحبه بمجرد صدوره منه ، وحتى قبل أن يتصل بعلم من يوجبه إليه . ولكن الإيجاب ، من ناحية أخرى ، ليس فى ذاته غاية ، وإنما هو وسيلة لقيام العقد، إذا قدر له أن يلقى القبول . وهو ، فى الحالة التى نحن بصددها ، لن يلقى قبولا من الناحية القانونية . ذلك لأن ارتضاء الموجب له الإيجاب لا يعتبر بمجرده وذاته قبولا إياه ، تحت ظل قانوننا المصرى ، وإنما يلزم لذلك أن يتصل بعلم الموجب . وهذا الاتصال لن يحدث هنا بسبب ما لحق الموجب من موت أو فقد للأهلية [١] . وهكذا ، فإن كان الإيجاب ، منظوراً إليه فى حد ذاته ، لا يمس بموت الموجب أو فقده الأهلية ، إلا أنه لن يكون له مع ذلك أثر فى هذه الحالة ، لأنه يتمثل إيجاباً استعصى عليه أن يلقى القبول ، فكأنه يسقط هنا وإن كان بطريق غير مباشر [٢] . وقد رأى البعض أن الإيجاب فى حالتنا لا يسقط إذا كان ملزماً للموجب بسبب اقترانه بميعاد محدد للقبول ، بمقولة إن الموجب هنا يتحمل بالتزام بالإبقاء على إيجابه قائماً ، وأن هذا الالتزام يتحمل به ورثته

---

(١) انظر فى ذلك : السنهورى ، المرجع السابق نبذة ٨٢ — أحمد حشمت أبو ستيت ، نظرية الالتزام فى القانون المدنى الجديد ، نبذة ٨٤ — جمال الدين زكى ، المرجع السابق ، نبذة ٤٠ .

(٢) ولا يقبل هنا أن يقال ، كما ذهب البعض (راجع : سليمان مرقس ، الالتزامات ، نبذة ٨١ — عبد المنعم الصدة ، المرجع السابق نبذة ٧٩) إن ورثة الموجب يحلون محله فى العلم بالقبول . ذلك لأن المادة ٨٢ تقضى بأن التعبير عن الإرادة ينتج أثره فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه . ومؤدى ذلك أن يكون المقصود هو علم من يوجه إليه التعبير شخصياً . ثم إن العلم بالقبول ، شأنه فى ذلك شأن العلم بأى مدلول آخر للتعبير عن الإرادة ، هو مجرد واقعة مادية ، والوقائع لا يمكن لها أن تورث .

بعد موته [١] . وهذا الرأى يبدو لنا غير سديد . ذلك لأن انعدام أثر الإيجاب فى حالتنا لايرجع إليه نفسه ، كما أنه لايرجع إلى إخلال من الموجب أو من ورثته . وإنما هو يرجع إلى أمر آخر ، هو استحالة أن يلحقه القبول قانوناً .

والسائد فى الفقه الإسلامى أن الإيجاب يسقط بموت الموجب قبل أن يصدر القبول [٢] .

(ب) القبول

٦٤ — تكلمنا فيما سبق فى الإيجاب . والإيجاب وحده لا يكفى لتكوين العقد . فإلى جانبه . يلزم أن يتوافر القبول . إذ بهذا يمكن أن يحصل التوافق بين الإرادتين ، الذى هو قوام العقد .

والقبول هو ارتضاء الإيجاب ممن وجه إليه . بيد أنه يلزم ، لاعتبار إرادة من وجه إليه الإيجاب متضمنة قبولا إياه ، أن تجئ ، فيما ارتضته مطابقة له تماماً . وذلك فى كل المسائل التى تناولها الإيجاب ، دون تفرقة فى هذا الصدد بين مايعتبر من المسائل الجوهرية ، ومايعتبر من المسائل التفصيلية الثانوية . فمادام الموجب قد عرض فى إيجابه لأمور معينة ، حتى لو كان من بينها ماهو ثانوى . فإن القبول لايقع ، إلا إذا تناول الرضاء هذه الأمور جميعها ، دون تفريق . فإن وقع خلاف بين الإيجاب وبين ما قصده الموجب له ، أياً ماكان مداه أو موضوعه ، مااعتبرت إرادة هذا الأخير متضمنة قبولا للإيجاب الذى وجه إليه ، بل على النقيض من ذلك ، تعتبر رفضاً لهذا الإيجاب متضمنة إيجاباً جديداً . وفى ذلك تقضى المادة ٩٦ مدنى بأنه : « إذا اقترن القبول بما يزيد فى الإيجاب أو يقيد منه أو يعدل فيه ، اعتبر رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً » .

---

(١) راجع : عبد المنعم الصدة ، المرجع السابق نبذة ٧٩ — عبد الحى حجازى ، نبذة ٣٢٣ .

(٢) وهذا هو مذهب الحنفية (رد المحتار لابن عابدين ٢٩/٤) والشافعية (مغنى المحتاج ٦/٢) ، والحنابلة (المغنى لابن قدامة ٤٨٢/٣) ، والشيعة والجعفرية (فقه الإمام جعفر ٤٤/٣) . وهذه المذاهب تقيم سقوط الإيجاب بموت الموجب أو بفقد أهليته على أساس خيار الموجب فى الرجوع فيه ، اعتباراً بأنه يتعذر عندئذ إعمال هذا الخيار .

فأساس القبول هو مطابقته للإيجاب تمام المطابقة ، وذلك فى كل الأمور التى يتناولها . وذلك حتى لو كان من بين هذه الأمور ماهو ثانوى . فإن وقع فى شئ من ذلك كله خلاف بين الإيجاب وبين إرادة الموجب له ، بأن زادت فيه أو أنقصت منه أو قيدت من إطلاقه أو عدلت فيه بأية طريقة كانت . فإن تلك الإرادة لاتعتبر متضمنة قبولا للإيجاب السابق ، بل إنها تعتبر رفضاً له متضمنة إيجاباً جديداً (١) . فإذا أوجب زيد ، مثلا ، أن يشترى من بكر جواده بألف ، فارتضى هذا الأخير أن يبيعه إياه بألف ومائتين . فإن إرادة بكر لاتعتبر متضمنة قبولا للإيجاب الصادر من زيد ، بل تعتبر رفضاً له . بيد أن إرادة بكر هنا ، وإن اعتبرت رفضاً للإيجاب الصادر من زيد بالشراء بألف ، فإنها تتضمن فى نفس الوقت إيجاباً جديداً موجهاً إلى زيد بالبيع له بألف ومائتين . فإذا قبل زيد الشراء بهذا القدر ، انعقد البيع على أساسه . وإذا أوجب خالد أن يبيع منزله لعمرو بمائة ألف ، فارتضى هذا الأخير الشراء بتسعين ألفاً ، فإن إرادة عمرو لاتعتبر متضمنة قبولا لإيجاب خالد ،

---

(١) أنظر نقض ١١ ديسمبر ١٩٥٨ ، طعن ٢٤/١٨٨ ق مجموعة أحكام النقض س ٩ ص ٧٤١ قاعدة ٩٦ . وقد جاء فى هذا الحكم : « كان الرأى مستقراً إلى ماقبل العمل بالقانون المدنى الجديد على أن كل قبول ينطوى على مايعدل فى الايجاب يكون بمثابة إيجاب جديد . وهو ما أقره المشرع فى المادة ٩٦ من القانون المذكور . وإذن فمتى كان قبول الشركة المطعون عليها . وقد اقترن بشرط جديد لم يتضمنه إيجاب الشركة الطاعنة ، فإنه يعتبر رفضا لهذا الإيجاب ولا يتلاقى معه فلا يتم به التعاقد بينهما ... » .

وانظر نقض ٢ مايو ١٩٦٣ ، طعن ٢٨/١٤٢ ق ، مجموعة النقض س ١٤ ص ٦٥٣ قاعدة ٩٣ . وقد جاء فى هذا الحكم : « يشترط قانوناً لانعقاد العقد مطابقة القبول للايجاب . فإذا جاء القبول بما يعدل فى الإيجاب، فلا يكون فى حكم القبول الذى يتم به التعاقد، وإنما يعتبر بمثابة إيجاب جديد لا ينعقد به العقد إلا إذا صادفه قبول من الطرف الآخر . فإذا كانت محكمة الموضوع قد استخلصت فى حدود سلطتها التقديرية وللأسباب السائغة التى أوردتها إن الخلاف بين الإيجاب والقبول يتناول مسألة جوهرية فى التعاقد الذى كان يراد إبرامه ... ورتبت على عدم مطابقة القبول للايجاب أن العقد لم ينعقد أصلا بين الطرفين ، فإنها لا تكون قد خالفت القانون » .

وانظر أيضا نقض ٩ نوفمبر ١٩٦٥ ، طعن ٣٠/٣٥٤ ق مجموعة أحكام النقض س ١٦ ص ٣٨٦ قاعدة ١٥٥ . وقد جاء فى هذا الحكم : « يجب لتمام الاتفاق وانعقاده أن يكون القبول مطابقاً للإيجاب . أما إذا اختلف عنه زيادة أو نقصاً أو تعديلا ، فإن العقد لا يتم ، ويعتبر مثل هذا القبول رفضاً يتضمن إيجاباً جديداً ... » .

بل رفضاً له . وهي في نفس الوقت تتضمن إيجاباً جديداً موجهاً إلى خالد بالشراء منه بتسعين ألفاً . فإن قبل خالد البيع بهذا المبلغ الأخير ، قام البيع به . وإذا أوجب صالح أن يبيع لإبراهيم سيارته بخمسمائة تدفع فوراً ، فارتضى هذا الأخير الشراء بهذا المبلغ . على أن يؤجل دفع جزء منه قل أو كثر . فإن رضاءه هذا لايعتبر قبولا لإيجاب صالح . بل رفضاً إياه متضمناً إيجاباً جديداً موجهاً إلى صالح ، بشراء السيارة منه على أساس إرجاء دفع الجزء الذى حدده من الثمن . فإن قبل صالح هذا الإيجاب قام البيع على أساسه (١) .

وبيان ماإذا كان القبول مطابقاً للإيجاب من عدمه مسألة واقع . ويدخل

---

(١) وهناك ، فى العمل ، فروض جد نادرة يدق فيها الحكم . ونعنى بها تلك التى تجىء فيها إرادة القابل بما هو أكثر نفعاً للموجب مما أوجب به . كما إذا أوجب زيد البيع بألف ، فقال خالد اشتريت بألفين ، أو بدأ خالد الكلام قائلا اشتريت بألفين ، فرد عليه زيد قائلا «بعت بألف» . والرأى السائد فى الفقه الحنفى أنه إذا أوجب البائع بأن يبيع بثمن محدد ، ثم جاء المشترى فقبل الصفقة بثمن أزيد ، انعقد البيع بالمبلغ الأقل (أى بالألف فى مثال زيد وخالد الذى ضربناه أولا) ، ما لم يتضح أن البائع قد قبل الزيادة التى عرضها المشترى . أما إذا جاء الإيجاب من المشترى ، ثم تبعه القبول من البائع متضمناً ثمناً أقل ، انعقدالشراء بالثمن الأقل بدون اعتبار لزيادة المشترى (انظر فى هذه المعنى ، الفتاوى الخانية ج ٢ ص ١٢٧ — الفتاوى الهندية ، ج ٣ ص ٧) .

وقد تبنت المجلة هذا الحكم صراحة فى المادة ١٧٨ ، التى جاءت تقول : « تكفى موافقة القبول للإيجاب ضمناً . فلو قال البائع للمشترى بعتك هذا المال بألف قرش ، وقال المشترى اشتريته منك بألف وخمسمائة قرش ، انعقد البيع على الألف . إلا أنه لو قبل البائع هذه الزيادة فى المجلس ، يلزم المشترى حينئذ أن يعطيه الخمسمائة قرش التى زادها أيضاً . وكذلك لو قال المشترى للبائع اشتريت منك هذا المال بألف قرش ، فقال البائع بعته منك بثمانمائة قرش ، ينعقد البيع ويلزم تنزيل المائتين من الألف » .

وإذا أردنا أن نتعرف على حكم *المسألة التى نحن بصددها فى ظل القانون المعاصر* عامة وفى ظل القانون المصرى خاصة ، رأينا أن المسألة مناطها دوما وجوب التطابق الكامل بين الإيجاب والقبول ، على نحو ما يبين من ظروف الحال . فإذا أوجب ، مثلا ، زيد البيع بألف . فقبل بكر أن يشترى بألفين ، فإن الحال لا يخرج عن أحد فرضين : فإما أن يكون بكر قابلا للإيجاب (*البيع بألف*) ، *ولم يرد بالزيادة إلا تأكيد قصده ، فهنا يقوم البيع على الألف ، اعتباراً* بأن بكر قد قبل الإيجاب بألف ، فقام التطابق بين الإيجاب والقبول . وإما أن يكون قاصداً ألا يشترى إلا بألفين ، وهنا يعتبر رده رفضاً للإيجاب *فلا يقوم البيع بالألف . ولكن هذا الرد من بكر* يتضمن إيجاباً جديداً بالشراء بألفين . فإن قبله زيد ، تم البيع بالألفين .

بالتالى فى سلطة قاضى الموضوع التقديرية ، من غير معقب عليه فى شأنه لمحكمة النقض ، مادام تقديره يقوم على أسباب سائغة تحمله [١] .

٦٥ – خيار قبول الإيجاب أو رفضه :

رأينا أن قبول الإيجاب ضرورى لقيام العقد . ولمن يوجه إليه الإيجاب كامل الحرية فى أن يقبله أو يرفضه ، دون ماإلزام عليه فى هذا أو فى ذاك . فالأمر ، فى الأصل ، أمره ومتروك لتقديره [٢] .

٦٦ – إلى متى يصح صدور القبول :

يسوغ لمن وجه إليه الإيجاب أن يقبله فى أى وقت ، بشرط أن يتصل قبوله بعلم الموجب حالة كون الإيجاب باقياً لم يسقط . فإذا سقط الإيجاب ، لأى سبب من الأسباب التى بيناها فيما سبق [٣] ، قبل حصول القبول ، وبمعنى أدق ، قبل وصول القبول إلى علم الموجب ، وقع هذا القبول غير ذى موضوع ، لأنه لايصادف قبولا قائماً ، ومن ثم لاينعقد العقد .

على أن الرضاء الذى يصدر من الموجب له ، بعد أن يكون الإيجاب قد سقط ، وإن لم يعتبر قبولاً لهذا الإيجاب الساقط ، إلا أنه يعتبر من صاحبه

---

(١) راجع : نقض ١١ ديسمبر ١٩٥٨ ونقض ٢ مايو ١٩٦٢ ، وقد سبقت الإشارة إليهما .

(٢) فالأصل أن رفض الموجب له الإيجاب لا يشغل مسئوليته بشىء ما ، لأنه يعتبر فى ذلك مستعملا رخصة ثابتة له ، ومن يستعمل رخصة خولها إياه القانون لا يخطىء . بيد أنه ، فى بعض الأحيان، يعتبر الموجب له خارجاً عن الرخصة الممنوحة إياه فى قبول الإيجاب أو رفضه، أو فى الأقل متعسفاً فى استعمالها ، إذا رفض الإيجاب من غير أن يكون له مبرر معقول يدعوه إليه . ويقع هذا الأمر ، إذا كان الإيجاب قد قدم إلى الموجب له ، بناء على دعوة سابقة منه ، استحث بها الموجب على أن يتقدم له بإيجابه . وهنا يعتبر رفض الإيجاب خطأ ، من شأنه أن يشغل مسئولية الموجب له التقصيرية ، تأسيساً على أنه ارتكب عملا غير مشروع (راجع ما سبق ، نبذة ٥٩ وهامش (١) الوارد فى ص ١٢٦) . ويلاحظ أن القانون اللبنانى قد صرح بهذا الحكم (المادة ١٨١) ، من غير أن يكون ثمة مقتض فى الحقيقة لتقنينه ، وهذا مظهر من مظاهر النزعة الفقهية التى جاء قانون الموجبات والعقود اللبنانى متسما بها .

(٣) راجع ما قلناه فى شأن سقوط الايجاب ، نبذة ٦٢ و ٦٣ .

بمثابة إيجاب جديد موجه للموجب الأصلى . فإن قبله هذا الأخير ، قام العقد . ومثال هذه الحالة أن يوجب زيد بأن يبيع بيته لبكر بمائة ألف جنيه ، ويحدد له مدة أسبوع لصدور قبوله . ثم يمضى الأسبوع . وبعد ذلك يعلن بكر لزيد رضاءه بالشراء . هنا يعتبر إيجاب زيد قد سقط لفوات الميعاد المحدد ، دون صدور القبول خلاله . فرضاء بكر بالشراء لايعتبر قبولا يتم به البيع ، لأنه لم يصادف إيجاباً قائماً ، أى أنه جاء غير ذى موضوع . ولكن هذا الرضاء من بكر ، وإن لم يعتبر قبولا للإيجاب السابق صدوره من زيد ، إلا أنه ينطوى بدوره على إيجاب جديد بالشراء . فإذا جاء زيد وقبل هذا الإيجاب من جديد ، انعقد البيع .

ويلاحظ ، كما سبق لنا أن بينا [١] ، أن القبول لايسقط بموت القابل أو بفقد أهليته ، حتى إذا طرأ قبل أن يتصل بعلم الموجب . ولكنه يسقط بالضرورة إذا مات الموجب أو فقد أهليته قبل أن يتصل بعلمه ، اعتباراً بأنه لن يعتبر هنا قبولا من الناحية القانونية .

(ج) ارتباط القبول بالإيجاب

٦٧ — لايكفى ، لحصول التوافق بين الإرادتين الذى هو قوام العقد ، أن يتوافر هناك إيجاب وقبول . بل لابد لهذين من أن يرتبط أحدهما بالآخر . وهذا لايكون ، إلا إذا اتصل القبول بعلم الموجب ، حالة كون الإيجاب باقياً لم يسقط . فإذا كان الإيجاب قد سقط ، لسبب أو لآخر ، عند صدور القبول . أو حتى لو كان الإيجاب قائماً عندئذ ، ولكنه سقط قبل أن يتصل القبول بعلم الموجب ، فإنه لايحصل ارتباط القبول بالإيجاب ، ومن ثم لايقوم العقد . إذ أن القبول هنا لايصادف محلا ، بسبب زوال الإيجاب قبل أن يتوافر له هو وجوده القانونى .

ويحصل ارتباط الإيجاب بالقبول فى العمل على إحدى صور ثلاث : فهو إما أن يحصل فى مجلس العقد ، وإما أن يحصل عن طريق المراسلة

(١) راجع ما سبق ، نبذة ٦٣ .

أو مافى حكمها ، وإما أن يحصل عن طريق الهاتف أو ماىما يشابهه . ونتناول كلا من هذه الصور فيما يلى :

٦٨ — (أ) ارتباط الإيجاب بالقبول فى مجلس العقد أو التعاقد بين الحاضرين :

الصورة الأولى ، وهى الغالبة فى العمل ، أن يحصل توافق الإرادتين ، المتمثل فى ارتباط الإيجاب بالقبول ، فى مجلس العقد ، وهذا هو التعاقد بين الحاضرين .

٦٩ — المقصود بفكرة مجلس العقد فى الفقه الإسلامى وفى القانون المصرى :

مجلس العقد اصطلاح شرعى . قال به الفقه الإسلامى ، وأخذ به قانوننا المدنى المصرى [١] . وهو يعنى اجتماع المتعاقدين فى نفس المكان والزمان ، بحيث يسمع أحدهما كلام الآخر مباشرة . حالة كونهما منصرفين إلى التعاقد لايشغلهما عنه شاغل . وهو يبدأ بتقديم الإيجاب . أما انتهاؤه . فيقع بأحد الأمرين الآتيين : (١) الرد على الإيجاب ممن وجه إليه ؛ إن قبولا فينعقد العقد ، وإن رفضاً فيزول الإيجاب . (٢) انفضاض المجلس من غير رد على الإيجاب ؛ حيث يعتبر الإيجاب هنا مرفوضاً حكماً .

وينفض مجلس العقد بالمفارقة الجسدية للمكان من أحد العاقدين أو كليهما . ولكنه يعتبر منفضاً كذلك ؛ ولو لم يبرح العاقدان المكان ، إذ شغلهما أو شغل أحدهما عن التعاقد شاغل .

ويقوم مجلس العقد ، فى الفقه الإسلامى ؛ على وحدة المكان ووحدة الزمان . ومؤدى ذلك ضرورة أن يصدر الإيجاب والقبول فى نفس المكان ، وفى نفس الجلسة .

---

(١) ومن خلال القانون المدنى المصرى أخذت كل قوانيننا العربية الأخرى التى استوحته بفكرة مجلس العقد ، كالقانون السورى (المادة ٩٥) ، والقانون الليبى (المادة ٩٤) ، والقانون المدنى الكويتى (المادة ٤٦) ، والقانون المدنى العراقى (المادة ٨٢) .

ومجلس العقد أمر أساسي في الفقه الإسلامي . إذ يلزم أن يجئ الإيجاب والقبول فيه . وهو مايسمى بوحدة المجلس .

ووحدة المجلس ، في جميع مذاهب السنة ، على الأقل ، شرط لانعقاد العقد . بمعنى أن العقد لاينعقد ، إلا إذا حصل كل من الإيجاب والقبول في مجلس واحد . فلو أن شخصاً أوجب ، مثلا ببيع داره لآخر . حالة كونه غير موجود معه ، ثم علم هذا الآخر بعرض البائع فقبله ، ماانعقد البيع ، طالما أن علم المشترى بالإيجاب بالبيع قد تم عن غير طريق تبليغه به بوساطة رسول أوفده له البائع أو كتاب بعث به إليه (١) .

وضرورة انعقاد العقد في مجلس العقد ، على نحو مايقول به الفقه الإسلامي فكرة لا غبار عليها في ذاتها . بل إنها تستهدف غاية مفيدة ، وهي ضمان توافق الإيجاب والقبول على نحو لايثير الشك والاضطراب . فالغالب في التعبير عن الإرادة . في عهد الشريعة الإسلامية الأول ، أنه كان يحصل بالمشافهة . وقد يخشى أن يثور الشك حول مدلول الألفاظ والعبارات التي يدلي بها المتعاقدان ، وبالتالي حول مدى تطابق الإيجاب والقبول بينهما . لو تباعدا أحدهما عن الآخر ، في الزمان والمكان . ولعل هذا هو السبب الذي حدا بالفقه الإسلامي إلى أن يقول بفكرة « مجلس العقد » . وأن يشترط وحدة المجلس لانعقاد العقد (٢) .

---

(١) أما إذا حصل تبليغ المشترى بإيجاب البائع عن طريق رسول أوفده هذا إليه أو رسالة بعث بها ثم قبله ، فإن الحكم يختلف ، إذ أن البيع هنا ينعقد ، اعتباراً من فقهاء المسلمين بقيام مجلس عقد حكمي يبدأ بتبليغ الرسالة من الرسول أو بقراءة الكتاب الذي يتضمنها .

(٢) انظر في هذا المعنى Linant de Bellefonds في مؤلفه القيم Traité de Droit Musulmean Comparé نبذة ١٦٨ . وقد أجرى المؤلف الفقيه مقارنة ، في هذا الصدد ، بين الفقه الإسلامي والقانون الروماني . ورأى أن الشريعتين متفقتان في وجوب أن يتم العقد في نفس المكان وفي نفس الجلسة . إلا أن هذا الوضع اقتضى في ظل القانون الروماني تمشياً مع الشكلية التي كانت تسوده ، حيث كان يلزم اتباع شكل خاص في انعقاد العقد . أما في الشريعة الإسلامية ، فلا مجال فيها للشكلية إلا في حدود بالغة الضيق ، ويسوغ فيها إبرام العقد بأي طريق ، ولو بمجرد تبادل الألفاظ والعبارات . ولكن خشية وقوع الخطأ في مدلول العبارات والألفاظ اقتضت وحدة المجلس . *وهكذا يخلص المؤلف إلى أن وحدة المجلس اقتضاها ، في القانون الروماني ، الإفراط* في الشكلية ، في حين أنها ، في الشريعة الإسلامية ، وجدت لتواجه الإفراط في الرضائية .

بيد أن بعض فقهاء المسلمين ،وعلى الأخص الحنفية منهم ، تمادوا فى إرساء فكرة مجلس العقد على وحدة المكان والزمان ، على نحو لايخلو من الإسراف والشطط . ولا يمكن أن يكون متسقاً مع الروح السمحة للشريعة الإسلامية ولا مع الأصل الأساسى العريق الذى يسودها ، وهو مبدأ الرضائية فى إبرام العقود [١] ، والتحرر من الأشكال البالية التى كانت معهودة فى غيرها من شرائع الأقدمين . فقد وصل فقهاء الحنفية إلى القول بأن أى تغيير فى موقف العاقدين أو فى مكان وجودهما ، ولو كان يسيراً ، ينهى مجلس العقد . ويحول بالتالى دون انعقاد العقد . فلو أن الإيجاب قد صدر ، مثلا ، حالة كون المتعاقدين جالسين ، فوقف الموجب له وقال : « قبلت » ، فإن العقد لا ينعقد [٢] ، لصدور القبول بعد انفضاض المجلس . وجاء فى بدائع الصنائع للكاسانى أنه إذا تبايع رجلان وهما يمشيان ، أو يمتطيان دابتين ، أو حتى دابة واحدة ، ولم يأت الإيجاب والقبول منهما متصلين ، بأن كان بينهما فاصل وإن قل ، فإن العقد لاينعقد ، اعتباراً بأن وحدة المكان قد زالت . ولانفصال الإيجاب عن القبول فى المكان [٣] . ولاشك أن هذا إغراق فى تصوير مجلس العقد وحدة مكانية ، كما يقول بحق الأستاذ الفذ السنهورى [٤] .

وهناك مذاهب أخرى فى الفقه الإسلامى . وعلى الأخص المذهب الحنبلى والمذهب المالكى ، جاءت بعيدة عن الإغراق فى الشكلية والإسراف فى إعمال وحدة المكان ، فرأت أن مجلس العقد يبقى منعقداً ، حتى ينفض بالمفارقة الجسدية ، أو بأى قول أو فعل يقوم مقامها ، وفقاً لما تعارف عليه الناس .

---

(١) انظر فى هذا المعنى أستاذنا السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الإسلامى ، ج ٢ ص ٧ .

(٢) راجع بدائع الصنائع ، ج ٥ ص ١٣٦ — فتح القدير ج ٥ ص ٧٨ وما بعدها . وانظر أيضاً الفتاوى الهندية ج ٢ ص ١٢٧ .

(٣) والعجيب فى الأمر أن صاحب البدائع يستطرد فيقول : « ولو تبايعا وهما فى سفينة ينعقد ، سواء كانت واقفة أو جارية ، خرج الشطران (يقصد الإيجاب والقبول) متصلين أو منفصلين بخلاف المشى على الأرض والسير على الدابة ، لأن جريان السفينة بجريان الماء لا بإجرائه . . . . » .

(٤) انظر : السنهورى ، المرجع السابق ج ٢ ص ٩ .

وقد أخذت « المجلة » بفكرة مجلس العقد ، وتكلمت عنه فى باب البيع ، وأسمته « مجلس البيع » ، وذلك فى المادة ١٨١ منها ، التى جاءت تقول : « مجلس البيع هو الاجتماع الواقع لعقد البيع » . ويبدو لنا أن « المجلة » لم تشأ أن تساير الفقه الحنفى التقليدى فى تزمته بالنسبة إلى وحدة المكان . فالمهم عندها هو انصراف المتعاقدين ، فى اجتماعهما ، إلى التعاقد ، من غير أن يشغلهما عنه شاغل . أما وحدة المكان ، بالشكل المتزمت المسرف الذى يقول به الحنفيون التقليديون ، فليست لازمة .

وكما هو الحال تماماً فى الفقه الإسلامى التقليدى ، تجعل « المجلة » من وحدة المجلس ، أى من ضرورة حصول توافق الإيجاب والقبول فى مجلس العقد ، شرطاً لانعقاد العقد [1] .

وقد أخذ قانوننا المصرى بفكرة مجلس العقد . بيد أن مدلول « مجلس العقد » ، تحت ظله ، لا يعنى أكثر من اجتماع العاقدين ، حال كونهما منصرفين إلى التعاقد ، لايشغلهما عنه شاغل . وبشرط أن يكون اتصال أحدهما بالآخر مباشراً ، أى أن يتم بغير طريق رسول ، وسيان بعد ذلك أن يكون وضعهما على نحو أو على آخر .

وإذا كان قانوننا المصرى قد أخذ بفكرة « مجلس العقد » ، إلا أنه لا يأخذ بها إلا من حيث إن الإيجاب يستمر قائماً فى أبعد حدوده طوال قيام المجلس ، وإن كان لصاحبه أن يرجع عنه طالما بقى إيجاباً . ومن حيث إنه يسوغ للقبول أن يصدر فى أى وقت طوال انعقاد المجلس ، بشرط أن يظل الإيجاب قائماً حينئذ . فهو لايذهب إلى أبعد من ذلك . وعلى الأخص . هو لا يجعل من وحدة

(١) ولم تصرح « المجلة » بما يفيد أن وحدة المجلس شرط لانعقاد العقد ، فى الباب المخصص لعقد البيع ، وهو الباب الذى جرت عادتها أن تذكر فيه أكثر الأحكام العامة التى تخص البيع وتخص غيره من العقود . ولكنها صرحت بذلك فى باب الايجار . حيث جاءت المادة ٤٤٥ تقضى بأنه : « يشترط موافقة الإيجاب والقبول واتحاد مجلس العقد فى الإيجار كما فى البيوع » .

المجلس شرطاً لانعقاد العقد [١] ، كما يقول بذلك الفقه الإسلامى وتقضى به المجلة . وآية ذلك أنه ، إلى جانب أنه يبيح التعاقد بالمراسلة (المادة ٩٧) ، وعن طريق الهاتف أو التليفون (المادة ٩٤) ، فهو يجيز ، فى حالة الإيجاب المقترن بميعاد للقبول ، حتى لو قدم خلال قيام مجلس العقد ، أن يتراخى صدور القبول إلى حلول هذا الميعاد (المادة ٩٤) .

٧٠ — كيف يتم التعاقد فى مجلس العقد :

حددنا ، فيما سبق ، المقصود باصطلاح « مجلس العقد » . وعلينا الآن أن نوضح كيف يتم التعاقد فى مجلس العقد .

يبدأ مجلس العقد بتقديم الإيجاب . كما أسلفنا . وإذا قدم الإيجاب نهض صالحاً لأن يقترن به القبول . ولكن إلى أى وقت يسمح للإيجاب أن يتربص القبول ؟ وبعبارة أخرى ، إلى متى يسوغ للقبول أن يصدر ؟

فى الفقه الإسلامى . نزعتان مختلفتان . فالشافعية يقولون بالفور [٢] ، بمعنى وجوب أن يصدر القبول فور صدور الإيجاب . وإلا اعتبر هذا الإيجاب مرفوضاً . وأما النزعة الثانية ، وهى النزعة السائدة فى الفقه الإسلامى

---

(١) ويلاحظ أنه قد وردت فى مذكرة المشروع التمهيدى تعليقاً على المادة ١٣١ منه التى أصبحت بذات صيغتها تقريباً المادة ٩٤ من القانون ؛ يلاحظ أنه قد وردت فى تلك المذكرة عبارة من شأنها أن تثير اللبس . فبعد أن أوردت المذكرة أن المشروع آثر أن يأخذ بمذهب الحنفية القائل بعدم ضرورة فورية القبول ، وأن هذا القبول يمكن له أن يتراخى إلى ما قبل انفضاض مجلس العقد ، ما لم يكن الموجب قد رجع عن ايجابه قبل ذلك ؛ بعد أن أوردت المذكرة ما سلف ، جاءت تقول : « وقد رؤى من المفيد أن يأخذ المشروع فى هذه الحدود بنظرية الشريعة الإسلامية فى اتحاد مجلس العقد » . فعبارة « اتحاد مجلس العقد » التى أوردتها المذكرة قد تثير فى الذهن فكرة « وحدة مجلس العقد » . التى هى فى كل مذاهب السنة ، حتى من قال منها بفورية القبول ، كالشافعية والمالكية ، شرط لازم لانعقاد العقد وفى الأقل لصحته . وليس ذلك وارداً على الاطلاق فى قانوننا المصرى . ومن حسن الحظ أن المذكرة الايضاحية قد تحفظت فى عبارتها القائلة بأن المشروع قد أخذ بنظرية الشريعة الإسلامية فى اتحاد مجلس العقد ، مقيدة هذا الحكم بعبارة « فى هذه الحدود » ، أى فى حدود عدم ضرورية الفورية فى القبول .

(٢) جاء فى بدائع الصنائع للكاسانى (وهو من أمهات الفقه الحنفى) ما يأتى « وعند الشافعى رحمه الله الفور . . شرط لا ينعقد الركن بدونه » .

ويقول بها ، على الأخص ، الحنفية [١] ؛ فمؤداها أن الفور غير لازم ، وأن الإيجاب ، طالما أن صاحبه لم يرجع عنه ، يبقى إلى آخر مجلس العقد ؛ وأن القبول يصح أن يلحقه إلى هذا الوقت ، مع ملاحظة أن مجلس العقد لاينفض ، كما سبق لنا أن بينا ، بالمفارقة الجسدية فحسب ، بل أيضاً بكل مايشغل العاقدين عن التعاقد بشاغل .

وقد جاءت صياغة المادة ٩٤ مغرقة فى العيب . فظاهر النص يخلط بين النزعتين الفورية والمستمرة إلى انفضاض مجلس العقد . فتلك المادة تقضى بأنه : « إذا صدر الإيجاب فى مجلس العقد ، دون أن يعين ميعاد للقبول ، فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً ، وكذلك الحال إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق التليفون أو بأى طريق مماثل . ٢ — ومع ذلك يتم العقد ، ولو لم يصدر القبول فوراً ، إذا لم يوجد مايدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه فى الفترة مابين الإيجاب والقبول ، وكان القبول قد صدر قبل أن ينفض مجلس العقد » . والفقرتان السابقتان تبدوان فى ظاهرهما متعارضتين ، فمؤدى الفقرة الأولى ، لو أخذت بحرفيتها ، أن الإيجاب يسقط إذا لم يصدر القبول فوراً ، فى حين أن مؤدى الفقرة الثانية أن الإيجاب يبقى قائماً إلى آخر المجلس مالم يوجد مايدل على أن الموجب قد عدل عنه . ولابد من تفسير الفقرتين على نحو يرفع التناقض بينهما . وخير سبيل نراه لذلك أن نعتبر الفقرة الثانية مرسية للأساس ، وهو أن الفورية ليست ضرورية ، وأن الإيجاب يبقى متربصاً القبول إلى انفضاض مجلس العقد ، مالم يثبت أن صاحبه قد رجع عنه . أما الفقرة الأولى ، فتفسر على أن المشرع يضع بها قرينة على أن الموجب قد رجع فى إيجابه إذا لم يصادفه القبول فوراً ، وهى قرينة بسيطة يجوز دحضها بإثبات أن هذا الرجوع

---

(١) وقد أخذت « المجلة » بهذه النزعة الأخيرة ، فأجازت أن يأتى القبول فى أى وقت إلى نهاية مجلس العقد . وفى ذلك تقضى المادة ١٨١ بأنه « المتبايعان بالخيار بعد الإيجاب إلى آخر المجلس مثلا لو أوجب أحد المتبايعين البيع فى مجلس البيع بأن قال بعت هذا المال أو اشتريت ، ولم يقل الآخر على الفور اشتريت أو بعت ، بل قال ذلك متراخياً قبل انتهاء المجلس ، ينعقد البيع وإن طالت المدة » .

لم يقع . وهذا التفسير يمكن له أن يتمشى مع عبارة الفقرة الثانية التى تقول ما مؤداه أن الإيجاب يبقى قائماً إلى آخر المجلس « إذا لم يوجد مايدل على أن الموجب قد عدل عن إيجابه فى الفترة مابين الإيجاب والقبول » .

وواضح من نص المادة ٩٤ أنها تمنح الخيار للعاقدين كليهما . ولكنه خيار متغاير بالنسبة إلى موضوعه . فهى تمنح للموجب خيار الرجوع فى إيجابه . طالما أن القبول لم يلحقه . وتمنح للموجب له خيار قبول الإيجاب أو رفضه . وهو مايسمى خيار القبول . وهذا الخيار وذاك يتحددان بانفضاض مجلس العقد .

٧١ — (ب) التعاقد بالمراسلة أو التعاقد بين الغائبين :

ثمة صورة جد شائعة فى التعاقد . لاسيما فى المعاملات التجارية . وهى من بعد صورة يزداد شيوعها يوماً بعد يوم . على أثر ازدهار التجارة وتقدم العلم وتكنولوجيا العصر . وهذه هى صورة التعاقد بالمراسلة . سواء أتم عن طريق إيفاد رسول يبلغ الرسالة من هذا الطرف لذاك . أو تم بالمكاتبة عن طريق البريد . أو عن طريق البرق أو التلكس أو مايشبههما من وسائل الاتصال الأخرى . وسمة هذا التعاقد أنه يتم بين غائبين . دون أن يسمع أحدهما الآخر فور أداء عبارته . الأمر الذى يتطلب بالضرورة فوات فترة من الزمن ، تطول أم تقصر . بين تعبير كل من الطرفين عن إرادته ووصول تعبيره هذا إلى علم الآخر .

والتعاقد بالمراسلة يثير مسألتين بالغتى الأهمية . تتمثل أولاهما فى تحديد وقت قيام الإيجاب بالعقد ومدى التزام الموجب بالإبقاء عليه قائماً وكيف يتم للعقد قيامه . وتتمثل المسألة الثانية فى تحديد زمان ومكان انعقاد العقد الذى يتم بالمراسلة . وسوف نعرض لهاتين المسألتين على التوالى . وذلك فيما يلى :

٧٢ — قيام الإيجاب ومدى التزام الموجب بالإبقاء عليه فى التعاقد بالمراسلة :

أول مسألة يمكن للتعاقد بالمراسلة أن يثيرها ، بل لعلها أهم مايمكن له

أن يثيره من مسائل ، تتمثل فى تحديد وقت قيام الإيجاب ، ومدى التزام صاحبه بالإبقاء عليه متربصاً القبول .

وقد جرت العادة فى أغلب قوانين الدول المختلفة ، عربية كانت أم أجنبية على إغفال التعرض بطريق مباشر لحكم هذه المسألة ، على جليل خطرها وأهميتها القصوى . وقد سار قانوننا المصرى فى هذا الاتجاه ، فلم يتضمن نصاً يصرح بالحكم الذى ينظم الموضوع الذى نحن بصدده [1] ، مكتفياً بنص المادة ٥٧ ، التى عرضت لبيان حكم التعاقد بين الغائبين من حيث تحديد زمان ومكان انعقاد العقد .

بيد أنه إذا كان مشرعنا لم يعرض للتعاقد بالمراسلة ، أو التعاقد بين الغائبين ، من حيث قيام الإيجاب ومدى التزام الموجب بالإبقاء عليه وكيفية قيام العقد ، فإن حكم هذه الأمور كلها لايستعصى تحت ظله . إذ أنه يمكن الوصول إلى هذا الحكم فى يسر واطمئنان عن طريق إعمال المادة ٩١ المتعلقة بأثر التعبير عن الإرادة ، والمادة ٩٣ الخاصة بالإيجاب الذى يصير ملزماً للموجب نتيجة اقترانه بميعاد محدد للقبول .

ومؤدى هاتين المادتين أن العرض الذى يبعث به الراسل لايرتقى إلى مرتبة الإيجاب ، إلا بعد علم المرسل إليه به ، مع ملاحظة أن وصول العرض إلى المرسل إليه يقوم قرينة على علم هذا به ، مالم يقم الدليل على العكس (المادة ٩١) . على أنه يلاحظ ، إعمالا لحكم المادة ٩١ ، أن العرض لايعتبر إيجاباً البتة برغم وصوله إلى الموجب له بل وعلمه به . إذا كان قد وصل إليه عدول عنه من الموجب قبل وصوله هو ، أو فى ذات وقت وصوله [2] .

فإن وصل العرض إلى الموجب له ، من غير أن يستطيع هذا إثبات عدم

---

(١) تضمن المشروع التمهيدى نصاً يصرح بحكم التزام المرسل إليه بإيجابه ومداه الزمنى ، وهذا هو نص المادة ١٣٢ منه التى جاءت تقضى بأنه : « إذا صدر الايجاب لغائب دون أن يحدد ميعاداً للقبول ، فإن الموجب يبقى ملتزماً إلى الوقت الذى يتسع لوصول قبول يكون قد صدر فى وقت مناسب وبالطريق المعتاد . وله أن يفرض أن إيجابه قد وصل غير متأخر » .

(٢) راجع ما سبق ، نبذة ٥٢ .

علمه به ، وأن عدم علمه هذا لايرجع إلى تقصير منه [١] ، ودون أن يصله قبل ذاك العرض أو فى نفس الوقت ، عدول عنه ، تمثل إيجاباً . وهو إيجاب ملزم للموجب ، حيث يلتزم بالإبقاء عليه قائماً طوال الفترة التى حددها لبقائه ، إن حدد لذلك فترة معينة ، فإن لم يفعل ، بقى إيجابه ملزماً طوال الفترة المعقولة التى تقتضيها ظروف الحالى لوصوله للموجب له [٢] وابداء هذا رأيه فيه ووصول القبول إلى الموجب . ووقوع الإيجاب هنا ملزماً للموجب لايعدو أن يكون تطبيقاً تشريعياً للقاعدة العامة المنصوص عليها فى المادة ٩٣ والقاضية بالتزام الموجب بإيجابه إذا حدد ميعاداً لقبوله ، أو اقتضت هذا الميعاد ظروف الحال أو طبيعة المعاملة .

ففى التعاقد بالمراسلة ، إذا قام الإيجاب ، التزم صاحبه بالإبقاء عليه فترة من الزمن ، لاعتبار أنه يتضمن ميعاداً للقبول . فلا يجوز للموجب أن يرجع عنه خلال تلك الفترة ، ولكنه ينقضى بفواتها ، إن لم يلحقه القبول قبل ذلك .

وهذه الفترة من الزمن ، التى يبقى الإيجاب خلالها قائماً ، إما أن تكون قد تحددت من الموجب تحديداً صريحاً ، وإما أن يكون هذا قد سكت عن تحديدها . فإن كان الأمر الأول ، بقى الإيجاب قائماً ، خلال الفترة المحددة . وإن كان الأمر الثانى ، وكان الموجب قد سكت عن تحديد ميعاد لبقاء إيجابه

---

(١) راجع : نقض ١٩ يناير ١٩٧٢ ، طعن ٤٦٢ / ٣٥ ق مجموعة النقض س ٢٣ ص ٦٧ . وقد جاء فى هذا الحكم أن مفاد نص المادة ٩١ من القانون المدنى أن التعبير عن الإرادة « ينتج أثره إذا أثبت من وجه إليه أنه لم يعلم به وقت وصوله ، وكان عدم العلم لا يرجع إلى خطأ منه » .

(٢) إذا كنا قد قلنا هنا إنه عند عدم تحديد الموجب مدة لإيجابه ، فإن إيجابه هذا يبقى قائماً المدة المعقولة التى تقتضيها ظروف الحال لوصوله للموجب له ؛ إذا كنا قد قلنا ذلك ، فليس معناه أن الإيجاب يقوم قبل وصول التعبير به إلى علم الموجب له . فهو إلى هذا الوقت لم يتواجد بعد . وإنما الذى نعنيه من عبارتنا ، هو أن الإيجاب ، عند وصوله للموجب له، لا يصير ملزماً للموجب إلا إذا كان قد وصله فى الفترة المعقولة التى تقتضيها ظروف الحال لوصوله ، والتى يقدر للموجب أنه أدخلها فى تقديره حينما بعث بإيجابه . وعلى هذا فإذا تأخر وصول الإيجاب إلى الموجب له إلى ما يتجاوز الفترة المعقولة التى تقتضيها ظروف الحال بحسب العادة المألوفة ، فإنه لا يكون ملزماً للموجب ، بل إنه لا يقوم هنا أصلا ، لوصوله بعد ميعاده .

قائماً ، تحدد هذا الميعاد بالفترة المعقولة التى تقتضيها ظروف الحال لإبداء الموجب له رأيه ، ووصول قبوله إلى الموجب . إذا قدر لهذا القبول أن يكون . وقاضى الموضوع هو الذى يقدر الفترة المعقولة التى يبقى فيها الإيجاب قائماً عند عدم قيام الموجب نفسه بتحديدها . فالمسألة مردها لظروف كل حالة . وهى من بعد مسأله واقع لقاضى الموضوع فيها القول الفصل [١] .

ويسقط الإيجاب بفوات الفترة التى يبقى خلالها قائماً ، سواء أكانت هذه الفترة قد تحددت بذاتها من الموجب ، أم أنها تحددت وفقاً لما تقتضيه ظروف الحال .

ومؤدى سقوط الإيجاب بفوات فترة بقائه قائماً أن العقد لايقوم إلا إذا وصل القبول إلى علم الموجب قبل ذلك الوقت . وقد يحدث ، فى العمل ، أن يرسل الموجب له بما يحمل قبوله خلال فترة بقاء الإيجاب ملزماً ، وفى وقت يسمح بوصوله للموجب قبل فواتها وفقاً للظروف العادية . ولكن ذلك القبول ، لسبب أو لآخر ، يتأخر فى وصوله إلى مابعد انقضاء تلك الفترة ، فما عساه أن يكون الحكم فى مثل هذه الحالة ؟

لا صعوبة هنا إذا كان تأخر وصول القبول للموجب راجع إلى فعل الوسيط الذى كلفه الموجب له بتبليغ قبوله ، كهيئة البريد ونحوها . فالإيجاب هنا يسقط ولايقوم العقد ، لاعتبار أن القبول قد وصل بعد ميعاده . ذلك لأن المرسل يتحمل ، فى مواجهة المرسل إليه ، تبعة فعل من أرسله . بل إن الحكم الذى وصلنا إليه ، والقاضى بسقوط الإيجاب ، وبالتالى عدم قيام العقد ، يسرى أيضاً حتى فى الحالة التى يكون تأخير وصول القبول فيها

---

(١) انظر : نقض ٢ يوليه ١٩٦٤ ، طعن ١٨٧ / ٢٩ ق مجموعة أحكام النقض س ١٥ ص ٨٩٥ قاعدة ١٣٩ . وقد جاء فى هذا الحكم : « لقاضى الموضوع ، فى حالة صدور الايجاب لغائب دون تحديد صريح لميعاد القبول ، أن يستخلص من ظروف الحال وطبيعة المعاملة وقصد الموجب الميعاد الذى التزم البقاء فيه على إيجابه . والقاضى فيما يستخلصه من ذلك كله ، وفى تقديره للوقت الذى يعتبر مناسباً لإبلاغ القبول ، لايخضع لرقابة محكمة النقض ، متى كان قد بين فى حكمه الأسباب المبررة لوجهة النظر التى انتهى إليها » .

راجعاً إلى سبب أجنبي تماماً عن الموجب له ، ليس له فيه يد . إذ أنه أولى بهذا الأخير أن يتحمل تبعة ذاك التأخير دون الموجب . ثم إن الفترة المحددة لبقاء الإيجاب قائماً تتمثل ميعاد سقوط . وسمة مواعيد السقوط الصرامة في احتسابها .

٧٣ — التعاقد مع الأشخاص الاعتبارية :

إذا دخل أحد الأشخاص الاعتبارية ، عاماً كان أم خاصاً ، طرفاً في التعاقد ، فإنه يكون من الأهمية بمكان تحديد ما إذا كان هذا التعاقد يتم في مجلس العقد ، أي بين حاضرين ، أم أنه يتم على نحو آخر بين غائبين . لأنه إذا كان الأمر الأول ، فإن الإيجاب لا يكون بحسب الأصل ملزماً للموجب إلا إذا اقترن بميعاد صريح للقبول ، وأنه يسقط إذا لم يلحقه القبول قبل انفضاض المجلس . في حين أنه إذا اعتبر التعاقد حاصلا مع غائب ، ترتب على ذلك بالضرورة اعتبار الموجب ملتزماً بالإبقاء على إيجابه الفترة المعقولة التي تقتضيها ظروف الحال ليبت الشخص الاعتباري في الإيجاب برأيه ويقوم بتبليغ هذا الرأي للطرف الآخر .

ولا صعوبة هنا إذا حصل التعاقد مع من له سلطة تمثيل الشخص الاعتباري قانوناً ، كما إذا وقع مع مدير الشركة الذي له سلطة تمثيلها في إبرام العقد ، أو مع الوزير المختص الذي له سلطة تمثيل الدولة في إجرائه . إذ أن من يمثل الشخص الاعتباري في هذه الحالة يعتبر نائباً عنه في إبرام العقد ، والنائب ، وإن كان يعبر عن إرادته ، إلا أنه يعتبر في حكم الأصيل تماماً بالنسبة إلى عملية إبرام العقد ذاتها ، حيث إن إرادته تحل محل إرادة الأصيل في ذلك[1]. وهكذا يعتبر التعاقد هنا حاصلا في مجلس العقد ، أي بين حاضرين .

ويختلف الأمر إذا سلم الإيجاب المراد تقديمه للشخص الاعتباري إلى أحد القائمين على شأنه ، وكانت سلطة البت فيه ثابتة لغيره ، سواء أكان هذا الغير فرداً آخر أم هيئة ، كما إذا قدم العرض لأحد موظفي الشركة وكانت

---

(١) راجع ما سيجيء ، نبذة ١٠٩ .

سلطة تمثيلها فى التعاقد ثابتة لمديرها أو لمجلس إدارتها ؛ أو قدم الإيجاب لأحد موظفى الوزارة وكانت سلطة تمثيل الدولة فى التعاقد ثابتة فى حد ذاتها للوزير أو لأحد المدراء . ففى مثل هذه الحالة يعتبر التعاقد حاصلا بالضرورة بين غائبين ، اعتباراً بأن الشخص الاعتبارى بمن يمثله قانوناً بعيد ، ويأخذ من ثم حكم التعاقد بالمراسلة من حيث التزام الموجب بالإبقاء على إيجابه المدة المعقولة التى تلزم لعرض الإيجاب على سلطة الاختصاص والبت فيه برأيها وتبليغ هذا الرأى للموجب (١) .

ويلاحظ ، فى مجال التعاقد مع الشخص المعنوى ، التحرز من الخلط بين سلطة قبول الإيجاب ذاته، وسلطة التصديق على هذا القبول بعد صدوره،

---

(١) انظر : نقض ٢ يوليه ١٩٦٤ ، طعن ١٨٧ / ٢٩ ق مجموعة أحكام النقض س ١٥ ص ٩٨٥ قاعدة ١٣٩ ، وقد سبقت الإشارة إليه . وتتلخص وقائع الدعوى التى صدر فيها هذا الحكم فى أن إخوة قدموا لشركة معينة طلباً ، أبدوا فيه رغبتهم فى شراء أرض مملوكة لها بثمن معلوم . عرضت الشركة طلب الشراء على مجلس إدارتها ، فوافق عليه بعد يومين اثنين من تقديمه ، ولكنها أبلغت طالبى الشراء بتلك الموافقة بعد عدة أشهر . طالبت الشركة المشترين بالمستحق من الثمن ، فدفعوا هؤلاء دعواها بعدم انعقاد البيع ، لسقوط الإيجاب المقدم منهم قبل إبلاغهم بالقبول . وقضت محكمة الموضوع بانعقاد البيع ، تأسيساً على أنه لم يتم فى مجلس العقد ، وإنما تم بين غائبين ، وأن الإيجاب إذ لم يقترن بميعاد للقبول، محدداً على نحو صريح ، فهو مقترن بالميعاد الذى تقتضيه ظروف الحال ، وهو الذى يتسع لنظر مجلس إدارة الشركة فيه ولإبلاغ قرارها لطالبى الشراء . وخلصت محكمة الموضوع إلى أن قبول الشركة للإيجاب المقدم من المشترين وإبلاغ هؤلاء به قد حصل خلال الميعاد الذى اقترن بإيجاب الموجبين ، وانتهت نتيجة ذلك إلى انعقاد البيع ، سيما وأن الموجبين مكثوا لا يعترضون على تأخر الشركة فى إبلاغهم بقبولها حتى رفعت هى الدعوى عليهم بدفع المستحق من الثمن بعد أكثر من سنة . وأيدت محكمة النقض حكم محكمة الموضوع قاضية برفض الطعن الموجه ضده . وجاء فى حكمها : « ولما كانت هذه الأسباب التى دلل بها الحكم المطعون فيه على أن الشركة أبلغت قبولها فى الميعاد المحدد ضمناً وفى الوقت المناسب لها أصلها فى الأوراق التى كانت مقدمة إلى محكمة الموضوع ، وتتسق مع الوقائع التى استعرضتها المحكمة ، وتؤدى إلى النتيجة التى انتهت إليها ، وكان لقاضى الموضوع فى حالة صدور الإيجاب لغائب دون تحديد صريح لميعاد للقبول أن يستخلص من ظروف الحال وطبيعة المعاملة وقصد الموجب الميعاد الذى التزم البقاء فيه على إيجابه ، والقاضى فيما يستخلصه من ذلك كله وفى تقديره للوقت الذى يعتبر مناسباً لإبلاغ القبول لا يخضع لرقابة محكمة النقض ، متى كان قد بين فى حكمه الأسباب المبررة لوجهة النظر التى انتهى إليها . . . » .

إذا كان هذا التصديق لازماً قانوناً . ففى كثير من الأحيان ، لاسيما فى مجال التعاقد مع الدولة أو أحد فروعها ، يتطلب القانون التصديق على التعاقد من هيئة عليا ـ بعد سبق إبرامه من هيئة أدنى . ويحصل ذلك على وجه الخصوص فى التعاقد بالمزاد ، كما هو الشأن فى بيع أموال الدولة الخاصة أو تأجيرها ، وفى التعاقد عن طريق تقديم العطاءات داخل مظروفات ، وكما هو الشأن فى التعاقد مع الدولة وغيرها من الأشخاص العامة فى خصوص المشروعات والأشغال العامة . فإذا كلفت الدولة ، مثلا ، أحد الأشخاص بإجراء مزاد لبيع مالها الخاص ، فإنها تعطيه بذلك سلطة إرساء هذا المزاد . وإرساء المزاد فى المزايدات يعتبر قبولا للعطاء المقدم (المادة ٩٩ مدنى) . ولكن تصديق وزير المالية هنا لازم بحكم القانون لتمام البيع . فما هو دور التصديق فى مثل هذه الحالة ؟

ثمة أمر مسلم هنا لاجدال فيه ، وهو أن التعاقد لا يعتبر قائماً أصلا إلا إذا حصل التصديق عليه ممن يملكه . ولكن هل يعتبر التصديق على العقد هو ذات قبوله ، أم أنه يتمثل أمراً آخر ؟ إن التكييف القانونى السليم للتصديق على العقد بعد إبرامه هو أنه لا يعتبر ذات القبول الذى يرتبط بالإيجاب ، ولكنه مجرد شرط للاعتداد بهذا القبول من حيث اعتباره رضاء من صاحبه بالعقد . فالقبول ، حينما يلزم التصديق عليه ، يعتبر معلقاً على شرط واقف هو حصول هذا التصديق . فإن لم يقع التصديق ماقام العقد ، لاعتبار قبوله من الموجب له متخلفاً . وإن وقع التصديق ، قام العقد لتوافر الرضاء به . وتبرز أهمية اعتبار التصديق شرطاً لإعمال القبول وأنه ليس هو القبول ذاته ، فى أنه إذا وقع فإن العقد يقوم ، لامن تاريخ حصول التصديق ، ولكن من وقت إبرام العقد من السلطة التى تملك إصدار القبول [1] . فالتصديق له أثر رجعى . وذلك كله بطبيعة الحال مالم يتفق على غيره أو يقض القانون بخلافه .

---

(١) قارن : نقض ٢٩ أكتوبر ١٩٦٨ ، طعن ٤٤٧ / ٣٤ ق مجموعة النقض س ١٩ ص ١٢٨٧ قاعدة ١٩٤ . وتتلخص وقائع الدعوى التى صدر فيها الحكم فى أن وزارة الإسكان طرحت فى المزاد العام قطعة أرض من أملاك الدولة الخاصة ، ورسا المزاد على شخص معين ، =

٧٤ — تحديد زمان ومكان التعاقد بالمراسلة :

المسألة الثانية التي يثيرها التعاقد بالمراسلة هي تحديد زمان ومكان انعقاد العقد . فإذا أرسل تاجر في القاهرة ، مثلا ، خطاباً إلى آخر في الاسكندرية يعرض عليه فيه أن يبيعه كمية من البضائع . وقبل هذا الأخير الصفقة . وأرسل يخطر تاجر القاهرة بقبوله . فعلينا أن نحدد زمان انعقاد البيع ومكانه : هل هو قد انعقد وقت أن صدر القبول . أو انعقد في الوقت الذي علم فيه الموجب بهذا القبول ، أو في وقت آخر غير هذا وذاك ؟ ثم أين مكان العقد ، أهو في القاهرة أم في الاسكندرية ؟

إن لتحديد زمان انعقاد العقد أهمية بالغة في العمل (١) ، الأمر الذي جعل

= الذي وضع يده على الأرض استناداً إلى رسو المزاد عليه . رفعت وزارة الإسكان دعوى طالبة طرد الراسي عليه المزاد ، تأسيساً على عدم انعقاد البيع لعدم صدور التصديق على رسو المزاد . قضت محكمة النقض بأن البيع لم ينعقد . وجاء في حكمها ، استناداً إلى نصوص لائحة شروط بيع أملاك الميرى الحرة الصادرة في ٣١ أغسطس ١٩٠٢ ، « أن بيع أملاك الحكومة (الصحيح بيع أملاك الدولة) المطروحة في المزايدة لا يتم ركن القبول فيها إلا بالتصديق على البيع من وزارة المالية . ولا يعتبر رسو المزاد وإيداع مبلغ التأمين إلا ايجاباً صادراً من الراسى عليه المزاد . والحكم سليم تماماً في قوله إن ركن القبول لا يتم إلا بالتصديق . ولكن يؤخذ عليه قوله إن رسو المزاد وإيداع مبلغ التأمين يعتبران إيجابا . فهذا القول من محكمتنا العليا غير سديد بشطريه . فبلغ التأمين الذي يدفع لدخول المزيدات لا يعتبر من قبيل الإيجاب ، إذ الذي يعتبر إيجاباً هو تقديم العطاء من صاحبه . أما رسو المزاد ، فهو الذي يتمثل قبولا للإيجاب ، وإن كان قبولا معلقاً على شرط واقف هو التصديق عليه ممن يملكه . وهذا الحكم هو الذي يتفق مع مقتضى نص المادة ٩٩ مدني التي تقضي بأن العقد يتم في المزايدات برسو المزاد . وهو يتسق في نفس الوقت مع ما تقضي به المادة ١٨ من لائحة بيع أملاك الدولة الخاصة الآنفة الذكر ، والتي تقضي بأن كل بيع لتلك الأملاك يلزم أن يتصدق عليه من وزارة المالية، سواء تم بالمزاد أم بتقديم العطاءات داخل مظروفات أم بالممارسة . وانظر في نفس اتجاه الحكم الذي نقدناه : نقض ٢٤ فبراير ١٩٦٦ طعن ١٢ / ٣٢ ق مجموعة النقض س ١٧ ص ٤٥٠ .

(١) ومن مظاهر هذه الأهمية ما يلي : —

١ — إذا صدر قانون جديد يغير من القواعد القانونية المفسرة التي تحكم عقداً من العقود ، فإن هذا القانون لا يسري إلا على العقود التي تبرم بعد نفاذه ، فهو لا يسري على تلك التي تم إبرامها قبل ذلك . وهكذا يهم هنا معرفة زمان انعقاد العقد ، لتحديد ما إذا كان قد جاء بعد نفاذ القانون الجديد ، فيخضع له ، أم أنه جاء قبل ذلك ، فيخضع للقانون القديم . أما إذا كان —

الفقه القانونى المعاصر ، فى الدول المختلفة ، يعمد إلى بيانه . ويمكن رد الآراء التى قيل بها فى هذا الصدد ، إلى أربعة ، هى الآتية :

١ — ثمة رأى أول يذهب إلى أن العقد يتم بمجرد أن يعلن الموجب له قبوله . اعتباراً بأنه فى هذا الوقت يتم توافق الإرادتين . وهذا هو مذهب إعلان القبول . ويتوافق هذا الرأى مع مايقول به الفقه الإسلامى . الذى يعطى للتعبير عن الإرادة أثره بمجرد صدوره .

٢ — ورأى ثان ذهب إلى أن العقد يتم عند تصدير القابل لما ينبئ بقبوله ، كما إذا وضع الخطاب الذى تضمنه صندوق البريد . وهذا الرأى ، وإن كان يأخذ أصلا بأن توافق الإرادتين يتم بمجرد إعلان القبول ، إلا أنه يستهدف من إجراء التصدير أن يكون القبول نهائياً لارجوع فيه من صاحبه . وهذا هو مذهب تصدير القبول .

٣ — وثمة رأى ثالث قال بأن العقد يتم فى الوقت الذى يصل فيه القبول إلى الموجب . حتى لو لم يعلم هذا به . وهذا هو مذهب وصول القبول أو استلام القبول . وهذا الرأى بدوره يسلم بأن توافق الإرادتين يتم بمجرد إعلان القبول ، ولكنه اشترط وصول القبول إلى الموجب . لكى يكون نهائياً لارجوع فيه ، بعد أن تبين أنصاره أن مجرد تصدير القبول لايفيد بالضرورة أنه نهائى . حيث يستطيع القابل أن يسترد ماينبئ بقبوله قبل أن يصل إلى الموجب ، كما إذا استرد خطابه من مصلحة البريد قبل وصوله .

= القانون الجديد يتضمن قواعد قانونية آمرة ، فهو يحكم جميع العقود التىتكون موجودة تحت ظله ، حتى ما أبرم منها قبل صدوره (انظر فى هذا الموضوع مؤلفنا : نظرية القانون ، نبذة ١٦٩) .

٢ — فى *الوقت الذى يتم فيه إبرام العقد* ، تتولد عنه آثاره . وهكذا تهمنا معرفة زمن إبرام العقد ، لأننا بذلك نعرف الوقت الذى تولدت فيه آثاره . وقد تكون لهذا التحديد الزمنى أهمية عملية قصوى ، كما إذا باع شخص ، مثلا ، إحدى التحف عن *طريق المراسلة* ، ثم أوقع دائن البائع الحجز عليها ، فهل تم البيع هنا قبل توقيع الحجز ، ومن ثم لا يسرى هذا الحجز على المشترى ، أم أنه تم بعد توقيع الحجز ، فيسرى هذا عليه ؟

٣ — لتحديد زمان العقد أهمية بالغة فى حالة شهر الإفلاس ، فالتصرفات التى تبرم بعد هذا الحدث لا تسرى ، بحسب الأصل ، فى حق الدائنين .

٤ — والرأى الرابع والأخير يبشر بأن العقد لايتم ، إلا فى الوقت الذى يتصل فيه القبول بعلم الموجب : اعتباراً بأن ارتباط الإرادتين يتم فى هذا الوقت ، لاقبل ذلك . وهذا هو مذهب العلم بالقبول .

هذه هى مجمل المذاهب التى قيل بها فى خصوص التعاقد بالمراسلة . وتباينت قوانين الدول المختلفة فى الأخذ منها بما ارتأته [١] . وتخير القانون المدنى المصرى (المادة ٩٧) المذهب الأخير ، وهو مذهب العلم بالقبول . وفى ذلك تقضى المادة ٩٩ منه بأنه : « ١ — يعتبر التعاقد مابين الغائبين قد تم فى المكان وفى الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول ، مالم يوجد اتفاق أو نص قانونى يقضى بغير ذلك . ٢ — ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول فى المكان وفى الزمان اللذين وصل إليه فيهما هذا القبول » .

فالمشرع يأخذ بمذهب العلم بالقبول ، ويقرر أن التعاقد بالمراسلة يتم فى ذات الوقت الذى يعلم فيه الموجب بقبول القابل . وذلك مالم يتفق على غيره ، أو يقض القانون أو العرف بخلافه .

وهذا الذى تصرح به المادة ٩٧ لايعدو أن يكون تطبيقاً تشريعياً للمبدأ الأساسى الذى سبق للمشرع أن أخذ به فى المادة ٩١ ، والقاضى بأن التعبير عن الإرادة لا يحدث أثره إلا باتصاله بعلم من يوجه إليه .

---

(١) فن هذه القوانين ما يعتد بصدور القبول . وهذه هى حال مدونة الالتزامات والعقود التونسية (المادة ٢٨) ومدونة الالتزامات والعقود المغربية (الفصل ٢٤) ، والقانون اللبنانى (المادة ١٨٤٠) ، والقانون الأردنى (المادة ١٠١) . ومنها ما يعتد بتصدير القبول . وهذا هو ما تقضى به مدونة الالتزامات السويسرية (المادة ١٠) ، والقانون البرازيلى (المادة ١٠٩٦) . ومن التقنينات ما يعتد ، فى تحديد زمان انعقاد العقد ومكانه بوصول القبول إلى الموجب له . وهذا ما يقرره القانون الألمانى (المادة ١٣٠) ، والقانون البولونى (المادة ٧٠) . ومن التقنينات ، فى النهاية ، ما يعتد بالعلم بالقبول وهذا هو الحكم الذى يقول به مشروع القانون الفرنسى الإيطالى (المادة ٢) ، والقانون الأسبانى (المادة ١٢٦٢) . وقد تبنى القانون المصرى الرأى الأخير ، كما رأينا فى المتن (المادة ٩٧) ، وتبعته فيه أغلب القوانين العربية التى استوحته ، كالقانون الليبى (المادة ٩٧) والقانون العراقى (المادة ٨٧) . وأخذ بهذا الرأى أخيراً القانون المدنى الكويتى (المادة ٤٩) .

ويلاحظ ، إعمالا للمادة ٩٧ / ٢ ، أن وصول القبول إلى الموجب ينهض قرينة قانونية على علم هذا به . ولكنها قرينة بسيطة ، يستطيع الموجب أن يدحضها بأى دليل من أدلة الإثبات .

وماقلناه بشأن تحديد زمان العقد ، يسرى على مكانه . فهذا أيضاً يتحدد بصريح نص المادة ٩٧ ، وإعمالا لحكم المادة ٩١ ، بالمكان الذى يعلم فيه الموجب بالقبول ، اعتباراً بأنه فى هذا الوقت يتم إبرام العقد . مع ملاحظة أنه يفترض ، إلى أن يقوم الدليل على العكس ، أن الموجب قد علم بالقبول فى المكان الذى وصل إليه فيه .

ولتحديد مكان العقد أهميته . لاسيما بالنسبة إلى تطبيق قواعد القانون الدولى الخاص فى تنازع القوانين . حيث يجوز إخضاع العقد ، من حيث الشكل إلى قانون البلد الذى أبرم فيه (المادة ٢٠ مدنى) ؛ كما أنه يخضع . من حيث الموضوع . لقانون هذا البلد . إذا اختلف طرفاه موطناً ولم يتفقا على سريان قانون آخر عليه (المادة ١٩ مدنى) . كما أن لتحديد مكان إبرام العقد بعض الأهمية فى قانون المرافعات [١] ، وفى القانون المدنى [٢] .

٧٥ — (ج) التعاقد بالتليفون :

تكلمنا ، فيما سبق ، فى صورتين يتم عليهما التعاقد ، وهما التعاقد فى مجلس العقد ، أو التعاقد بين الحاضرين ، والتعاقد بالمراسلة ، أو التعاقد بين الغائبين . بقى علينا أن نتناول هنا الصورة الثالثة والأخيرة ، التى يمكن للتعاقد أن يتم عليها ، وهى صورة التعاقد بالتليفون أو أى أداة أخرى مماثلة ؛ من حيث إنها تنقل الكلام بين غائبين ، ولكن مباشرة بحيث يسمع كل منهما الآخر فى نفس وقت صدوره ؛ كالجهاز اللاسلكى . وهكذا فالتعاقد بالتليفون أو بما يشبهه يعتبر تعاقداً بين غائبين حاضرين فى آن معاً . فهو تعاقد بين

---

(١) انظر ، على سبيل المثال ، المادة ٥٥ و ٥٦ مرافعات .

(٢) انظر على سبيل المثال ، المادة ١/٣٤٧ مدنى .

غائبين ، لبعد المسافة بينهما . وبين حاضرين لوصول عبارة كل منهما إلى الآخر فور صدورها .

وحكم التعاقد بالهاتف أو مايماثله أنه يأخذ حكم التعاقد بين الحاضرين ، من حيث زمان انعقاد العقد . أى أن العقد بوساطته يعتبر تاماً فور صدور القبول . لأن القبول يتصل بعلم الموجب فى ذات لحظة صدوره . كما أن التعاقد بالتليفون أو مايماثله يأخذ حكم التعاقد بين الحاضرين ، أو التعاقد فى مجلس العقد ، بالنسبة إلى كيفية تمامه . أى بالنسبة إلى كيفية ارتباط الإيجاب بالقبول (المادة ٩٤ / ١) . أما بالنسبة إلى مكان العقد ، فيأخذ التعاقد بالتليفون حكم التعاقد بالمراسلة . أو التعاقد بين الغائبين : أى أنه ينعقد فى المكان الذى يتكلم منه الموجب . ذلك لأنه فى هذا المكان يتصل القبول بعلم الموجب .

٧٦ — الأمور التى يرد عليها توافق الإرادتين :

عرضنا فيما سبق لكيفية حصول توافق الإرادتين ، ورأينا أن هذا التوافق يتم على مراحل ثلاث : الإيجاب والقبول وارتباط القبول بالإيجاب . ونود هنا أن نحدد الأمور التى يجب أن يرد عليها توافق الإرادتين ، حتى يمكن للعقد أن يقوم .

والقاعدة فى هذا المجال أنه يلزم أن يرد توافق الإرادتين على طبيعة العقد ، بيعاً كان أو هبة أو إيجاراً مثلا . وعلى جميع المسائل الجوهرية فيه ، كالمبيع والثمن بالنسبة إلى البيع . وكالعين المؤجرة والأجرة بالنسبة إلى الإيجار . أما المسائل التفصيلية للعقد ، كملحقات الشىء المبيع أو المؤجر وتوابعه التى يجب أن تسلم معه . ومكان وزمان تسليم المبيع أو العين المؤجرة ، ومكان وزمان دفع الثمن أو الأجرة . والإصلاحات التى يستلزمها الانتفاع بالعين المؤجرة . ونحو ذلك كله . فليس من الضرورى لقيام العقد أن يرد توافق الإرادتين عليها بطريق مباشر . فكل مايلزم بصددها هو ألا يثور بين المتعاقدين خلاف لايصلان إلى حسمه . أو فى الأقل . لايصلان إلى إرجاء حسمه إلى وقت تال . فإذا قام ثمة خلاف بين المتعاقدين على مسألة ما

متعلقة بالعقد . ولم يصلا إلى حسمه أو إلى الاتفاق على إرجاء هذا الحسم . فإن العقد كله لايقوم . مهما كانت المسألة التى ثار بصددها هذا الخلاف ثانوية تفصيلية . فإذا انعقد رضاء البائع والمشترى . مثلا . على الشئ المبيع والثمن وكل شروط البيع الأخرى . فيما عدا ماتعلق منها بوقت دفع الثمن . كأن تطلب البائع دفعه فوراً . وصمم المشترى على أن يدفع جزءاً منه مهما قل ، فى وقت تال ، مهما قصر . فإن البيع فى مجموعه لايقوم . ولكن إذا لم يصل المتعاقدان . عند إبرام العقد ، إلى حسم النزاع الذى ثار بصدد المسائل التفصيلية ، فإنه يمكنهما الاتفاق على الاحتفاظ بها للمستقبل . لعلهما يوفقان إلى حل بشأنها يرضيهما معاً . فإن اتفقا على هذا الإرجاء . قام العقد من فوره . إلا إذا كانا قد اشترطا أنه لايقوم إلا عند الاتفاق على حكم تلك المسائل . وإذا قام العقد . نتيجة الاحتفاظ بالمسائل التفصيلية لاتفاق يحصل فيما بعد بين العاقدين . فإنه لايؤثر فى قيامه ألا يقع هذا الاتفاق مستقبلا . وهنا تقضى المحكمة فى الخلاف . وفقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف الجارى ومقتضيات العدالة . وفى ذلك كله جاءت المادة ٩٥ تقضى بأنه : « إذا اتفق الطرفان على جميع المسائل الجوهرية فى العقد . واحتفظا بمسائل تفصيلية يتفقان عليها فيما بعد ولم يشترطا أن العقد لايتم عند عدم الاتفاق عليها ، اعتبر العقد قد تم . وإذا قام خلاف على المسائل التى لم يتم الاتفاق عليها . فإن المحكمة تقضى فيها طبقاً لطبيعة المعاملة ولأحكام القانون والعرف والعدالة » .

وهكذا يلزم . بالنسبة إلى تحديد الأمور التى يجب أن يرد عليها توافق الإرادتين . أن نفرق بين المسائل الجوهرية فى العقد والمسائل التفصيلية الثانوية فيه . فبالنسبة إلى المسائل الأولى . يجب أن يرد توافق الإرادتين عليها . ولايقوم العقد إلا إذا حصل هذا التوافق . ومن تاريخ وقوعه . أما المسائل التفصيلية فى العقد . فكل مايلزم بصددها هو ألا يثور بشأنها خلاف لايصل المتعاقدان إلى حسمه أو إلى ارجاء هذا الحسم . فإن اتفق المتعاقدان على ارجاء

حسم الخلاف بشأن المسائل التفصيلية ، قام العقد من فوره ، مالم يشترط عدم قيامه إلا عند حصول الاتفاق على تلك المسائل [١] . ولايؤثر فى قيام العقد هنا ألا يصل المتعاقدان ، فى الوقت الذى حدداه ، إلى اتفاق بشأن المسائل التى أجلا حسمها ، وإنما تتولى المحكمة فى هذه الحالة الفصل فيها ، مهتدية بطبيعة المعاملة وأحكام القانون والعرف والعدالة .

وتحديد ماإذا الأمر المتفق بين الطرفين على إرجاء نظرهما فيه يتمثل أمراً جوهرياً أم ثانوياً هو مما يتعلق بالتكييف ، ومن ثم فهو يتمثل مسألة من مسائل القانون ، يخضع قاضى الموضوع فى شأنه لرقابة محكمة النقض .

٧٧ — أثر توافق الإرادتين يتركز فى قيام العقد ولزومه على طرفيه :

بينا ، فيما سبق ، المراحل الثلاث التى يتم عليها توافق الإرادتين ، والمتمثلة فى الإيجاب والقبول وارتباط القبول بالإيجاب ، كما بينا الصور الثلاث التى يجىء عليها ارتباط القبول بالإيجاب . وهى التعاقد فى مجلس العقد أو التعاقد بين الحاضرين ، والتعاقد بالمراسلة أو التعاقد بين الغائبين ، والتعاقد بالتليفون أو مايشبهه ، وهو تعاقد بين حاضرين غائبين فى آن معاً ، فهو تعاقد بين حاضرين كلاماً حيث يسمع كل شخص عبارة الآخر فور صدورها منه ولكنه تعاقد بين غائبين مكاناً لبعد كل منهما عن الآخر .

وأياً ماكانت الصورة التى يأتى عليها ارتباط القبول بالإيجاب . وبالتالى توافق الإرادتين ، فإن مؤدى ذلك قيام العقد. ولزومه فور قيامه على طرفيه ، وذلك مالم يقض العقد نفسه أو القانون أو العرف بغير ذلك .

---

(١) راجع فى هذا الاتجاه : نقض ٢٦ يناير ١٩٦٧ طعن ٣٣٧/٣٠ق ، مجموعة أحكام النقض س ١٨ ص ٢١٥ (وقد قضى هذا الحكم بقيام عقد صلح اتفق فيه على شروطه الأساسية وأرجأ طرفاه الاتفاق على أوصاف هذا العقد وتفاصيله) . وانظر أيضاً نقض ١٦ يناير ١٩٧٥ ، طعن ٣٥٢/٣٩ ق مجموعة النقض س ٢٦ ص ١٨٣ قاعدة ٤٣ . وقد قضى هذا الحكم بأن الحكم المطعون فيه ، إذ اعتبر الاتفاق بين الطرفين على الأرض المبيعة والثمن ، مع إرجاء تحرير عقد البيع النهائى إلى أن تقوم به الإدارة القانونية لجنة الإصلاح الزراعى بالشروط التى تراها فيه ، انه لا يعدو أن يكون مشروعاً لعقد بيع ، دون أن يبحث فيما إذا كان الشروط المرجأة جوهرية أم قانونية ، فإنه يكون متسما بالقصور مما يتعين معه نقضه .

فبمجرد أن يتم ارتباط الإيجاب بالقبول ، وينعقد بالتالى العقد ، يكسب العقد قوته الملزمة ، ويمتنع بالتالى على أى من طرفيه ، بغير إرادة الآخر ، التحلل منه أو النكوص عن حكمه ، مالم يسمح له بذلك العقد نفسه ، أو يقض له به نص فى القانون ، أو حكم جرى به العرف ، وذلك حتى لو كان الطرفان لازالا باقيين معاً لم يتفارقا بعد بالبدن [١] . ومن أهم الحالات التى يسمح فيها القانون لطرفى العقد العدول عنه بعد تمامه ، بل أهمها على الإطلاق هى حالة التعاقد بالعربون ، التى سنعرض لها فيما بعد [٢] .

(د) صور خاصة من توافق الإرادتين

٧٨ — بينا ، فيما سبق ، كيف يتم توافق الإرادتين ، ونتناول هنا بعض صور خاصة لهذا التوافق ، لما قد يعتريها من لبس فى تبين حكمها ، أو لما تختص به من حكم متميز ، أو لما تتسم به من أهمية فى العمل ، وفى هذا المجال ، نتكلم فى العقد الابتدائى ، وفى الوعد بالتعاقد ، وفى التعاقد بالعربون ، وفى التعاقد بطريق المزايدة ، وفى التعاقد بالإذعان .

---

(١) ويلاحظ أن فقهاء المسلمين اختلفوا فى هذا الخصوص ، فطائفة منهم يتزعمها الفقه الشافعى والحنبلى تقول بأن لأى من المتعاقدين أن يرجع فى العقد ، برغم توافق الإيجاب والقبول ، طالما بقى المتعاقدان مجتمعين ، لم يتفارقا بالبدن ، وهذا ما يسمى عندهم (خيار المجلس) . ودعامة هذا الرأى الحديث الشريف (المتبايعان كل واحد منهما بالخيار على صاحبه ما لم يفترقا إلا بيع الخيار) . والطائفة الثانية من فقهاء المسلمين يتزعمها الفقه الحنفى والفقه المالكى ، وهى تقول بأن العقد ، بعد انعقاده بتوافق الإيجاب والقبول ، يصير لازماً ، ويمتنع على أى من طرفيه الرجوع فيه برغم إرادة الآخر ، فهى لا تقول بخيار المجلس ، وعمدة هذا الرأى قوله ، عز شأنه : « يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » ، اعتباراً بأنه مما يتنافى مع الوفاء بالعقد أن يسمح لأى من طرفيه بالنكوص عنه بعد تمام انعقاده . وأنصار هذا الرأى يعمدون إلى تفسير الحديث الشريف (المتباعيان بالخيار ...) على نحو يجعله متسقاً مع إطلاق الآية الكريمة ، كقول بعضهم بأن المقصود ، فى الحديث الشريف ، من كلمة (المتبايعان) هو المتساومان ، أى المتفاوضان فى شأن البيع ، وكقول البعض الآخر أن المقصود بكلمة (يفترقا) هو الافتراق بالقول ، لا التفريق بالأبدان ، وهو يتم بصدور القبول .

(٢) راجع ما سيجىء ، نبذة ٨٥ وما بعدها .

٧٩ — العقد الابتدائى :

ثمة نوع خاص من العقود ، تتميز بأنها تستهدف التمكين من قيام عقود أخرى غيرها ، أو تستتبع إعادة إبرامها بذاتها . ولكن فى ثوب جديد على نحو يقتضيه القانون أو طبيعة المعاملة . فالسمة الجامعة لهذه العقود أنها عقود أولية لعقود أخرى تتلوها . أو هى . كما يطلق عليها أحياناً ، عقود ما قبل العقود Avant Contrat

وقد دأبت أغلب التقنينات . فى الدول المختلفة . ومن بينها مصر ، على أن تقتصر على تنظيم نوع معين من هذه العقود الأولية . وهو الوعد بالعقد ، دون أن تتناول تنظيم نوع آخر منها على جليل خطره . وهو ماجرى العمل على أن يطلق عليه . فى مصر ودول أخرى كثيرة غيرها . العقد الابتدائى [١].

والعقد الابتدائى ، على نحو مايدل عليه اسمه فى لغتنا القانونية فى مصر وفى غيرها من البلاد العربية الأخرى التى استوحت قوانينها منها . يتمثل اصطلاحاً جديداً فى دنيا القانون . فقد نشأ بمناسبة مايتطلبه القانون المعاصر ، فى شأن التصرف فى العقار ، من وجوب الشهر لنقل الملكية وغيرها من الحقوق العينية إلى المتصرف إليه . فالتصرف فى العقار من بيع وهبة وغيرهما لاينقل الملكية بمجرده ، وإنما يلزم لذلك تسجيله . وإجراء التسجيل يتطلب بالضرورة بعض الوقت ، ثم إنه يستلزم إجراءات وأوضاع معينة يقتضيها القانون . وهذا مايؤدى بالمتعاقدين فى العادة إلى إثبات رضائهما بالعقد وبشروطه فى محرر أولى . انتظاراً إلى إعادة تحريره من جديد فى الثوب الذى يتطلبه القانون لإجراء التسجيل . وقد استقر الفكر القانونى ، فى مصر وفى بلاد عربية أخرى كثيرة . على أن يطلق على ذلك المحرر الأولى اصطلاح « العقد الابتدائى » . تمييزاً له عن المحرر الذى تأتى فيه الصيغة النهائية للعقد . والذى

(١) وقد كف القانون المدنى الكويتى ، الصادر فى أول أكتوبر ١٩٨٠ ، ليعمل به إبتداء من ٢٥ فبراير ١٩٨١ ، والذى كان لنا شرف رآسة اللجنة التى أنيط بها إعداده ، عن السير فى هذا الإتجاه ، فعمد إلى تنظيم العقد الابتدائى فى المادة ٧٠ و ٧١ منه ، مقنناً القواعد التى سار عليها القضاء فى مصر وفى الكويت . وقد راعى القانون المدنى الكويتى ، إذ خص العقد الابتدائى بالتنظيم التشريعى ، مدى أهمية هذا العقد وشيوعه ، لاسيما فى التصرفات العقارية . ولعله بذلك يكون أول تقنين يلجأ إلى التنظيم التشريعى للعقد الابتدائى .

يتمشى مع مقتضيات التسجيل . ثم ينتهى به الأمر إلى أن يسجل . وهو ما جرت العادة على أن يطلق عليه اصطلاح « العقد النهائى ». وهكذا فالعقد الابتدائى والعقد النهائى ، فى مجال البيع . مثلا ، لايعدوان أن يكونا مسميين لعقد واحد ، هو عقد البيع مجرداً عن النعت والتخصيص . كل ما فى الأمر أن اصطلاح « العقد الابتدائى » يعنى العقد فى صورته الأولية . فى حين أن اصطلاح « العقد النهائى » يعنى ذات العقد، ولكن فى صورته النهائية .

وإبرام العقد الابتدائى بغية إعادة صياغته مستقبلا فى شكله النهائى قد تقتضيها طبيعة العقد ذاتها ، كما هو الأغلب . وهذه ، على وجه الخصوص ، هى حالة العقود التى ترد فى شأن الملكية وغيرها من الحقوق العينية ، إذا ما انصبت على عقار . ففى مثل هذه الحالة . التسجيل لازم . وهو يتطلب إعادة تحرير العقد فى صيغة جديدة تتمشى مع مقتضيات إجرائه ، على نحو ماذكرناه حالا . وإذا كان الغالب فى العمل أن إعادة إبرام العقد فى صورة أخرى نهائية . تجىء كمقتض لذات طبيعته. فإنه لايوجد ثمة مايمنع من أن تكون نتيجة لاتفاق العاقدين عليها . فلايوجد ، مثلا ، ثمة مايمنع العاقدين من أن يتفقا على إعادة إبرام عقدهما ، الذى اتفقا عليه مشافهة . فى محرر مكتوب ، تيسيراً لإثباته . وهكذا ففكرة العقد الابتدائى ليست محصورة بالضرورة فى نطاق التصرفات العقارية . وإن بقى هذا النطاق مجالها الخصب الغالب .

ويلاحظ أن إضفاء وصف « الابتدائى » على العقد لايغير من حقيقته المتمثلة فى أنه عقد كامل، وأنه ذات العقد الذى يقصده عاقداه أولا وأخيراً . فهو وصف لايرد على العقد فى ذات أحكامه ، وإنما يرد على الهيئة أو الصورة التى تبدأ صياغته فى أن تجىء عليها، لتتغير فيما بعد لتصير فى شكلها النهائى ، على نحو ماسبق لنا أن بيناه منذ قليل .

وإذا كان العقد الابتدائى هو ذات العقد المقصود أولا وأخيراً . وجب أن تراعى فيه كل الأحكام المتطلبة للانعقاد والصحة ، بما فيها شرط الشكل ، إن لزم .

كما أن العقد الابتدائى ، باعتبار أنه ذات العقد المقصود أولا وأخيراً ، وإن جاء فى صيغة أولية ، نجده يرتب كافة الالتزامات والآثار التى من شأن العقد أن يرتبها ، بغض النظر عن اتسامه بوصف « ابتدائى » أو « نهائى » ، وذلك باستثناء مايعلق القانون نفسه ترتيبه من آثار على إجراء لايتوافر فيه . فعقد البيع الابتدائى ، مثلا ، يرتب كل الآثار التى من شأن البيع بوجه عام أن يرتبها ، فيما عدا نقل الملكية فى العقار . إذ أن نقل الملكية فى العقار بمقتضى العقد لايكون إلا بالتسجيل ، ومن تاريخ حصوله (المادة ٩ من قانون الشهر العقارى) ، والعقد الابتدائى هو بالضرورة عقد لايسجل ، إذ أن التسجيل لايلحق إلا العقد النهائى . .

وزيادة على الالتزامات التى يرتبها العقد الابتدائى ، اعتباراً بأنه العقد الكامل المقصود أولا وأخيراً ، وإن جاء فى صيغة أولية ، فإنه يولد أيضاً التزاماً خاصاً به ، مستمداً من علة وجوده ذاتها . وهذا هو الالتزام الذى يثقل كلا من طرفيه، والمتمثل فى وجوب أن يسهم كل منهما بنصيبه المعلوم فى إبرام العقد النهائى .

فعلى كل من طرفى العقد الابتدائى التزام بأن يسهم فى إعداد العقد النهائى وإبرامه، على نحو مايقتضيه منه العقد ومجريات الحال . ومما يلتزم به كل من العاقدين فى هذا المجال ، فى خصوص العقود الواردة على العقارات ، إن كانت عرفية ، التوقيع على العقد النهائى أمام موثق العقود ، لكى يقوم هذا الأخير بعملية التصديق على التوقيع . وهى عملية تتمثل هنا ضرورية لإجراء التسجيل .

وعلى كل من طرفى العقد الابتدائى أن يفى بالتزامه بأداء ماينبغى عليه فعله لإبرام العقد النهائى فى الميعاد الذى يحدده العقد الابتدائى . فإن لم يحدد هذا الأخير ميعاداً لذلك ، وجب على كل من الطرفين إبرام العقد النهائى والتوقيع عليه فى فترة معقولة تخضع فى تقديرها لقاضى الموضوع ، وفق ما تستوجبه طبيعة المعاملة وظروف الحال .

ويبرم العقد النهائى بنفس شروط العقد الابتدائى ، مالم يتفق على إجراء تعديل فيها [١] ، أو كان هذا التعديل مما تستوجبه طبيعة المعاملة ، كإجراء

(١) وفى كثير من الأحيان يتضمن العقد الابتدائى أحكاماً معينة تأتى فى بنوده وشروطه ، ثم يبرم العقد النهائى خالياً منها ، فاذا عساه أن يكون الحكم فى مثل تلك الحالة ؟

لا صعوبة هنا بالنسبة إلى الأحكام الوقتية التى يكون من شأنها تنظيم علاقة البائع والمشترى فى الفترة ما بين إبرام العقد الابتدائى وتحرير العقد النهائى ، كالأحكام المتعلقة بتوزيع ثمار المبيع وتكاليفه بينهما فى هذه الفترة . فثل هذه الأحكام تكون قد استنفدت غرضها عند تحرير العقد النهائى أو فى الأقل عند تسجيله ، ومن ثم يكون طبيعياً ألا تذكر فيه .

ولكن الصعوبة قد تثور بالنسبة إلى الأحكام التى يكون من شأنها أن تسرى على المتعاقدين حتى فى فترة ما بعد تحرير العقد النهائى وتسجيله . ومرد هذه الصعوبة إلى أن عدم ذكر الأحكام التى كان يتضمنها العقد الابتدائى فى العقد النهائى ، برغم إنها لم تستنفد بعد موضوعها ، قد يثير فى الذهن فكرة اتفاق الطرفين على النزول عنها . والرأى عندنا هو أن البيع ، كنظام قانونى يقوم على توافق الإرادتين ، يقتضى إعمال كل الشروط التى يتفق عليها الطرفان ، سواء أوردت فى المحرر الابتدائى أم فى المحرر النهائى ، ما لم يثبت للقاضى أن إغفال إيراد شرط يتضمنه العقد الابتدائى فى العقد النهائى يتمثل تنازلا ضمنياً من العاقدين كليهما عن حكمه ، ومع مراعاة أن التنازل لا يفترض ولا يؤخذ بالظن ، وإنما يجب أن يقوم الدليل الصادق عليه من واقعات الحال .

بيد أن محكمة النقض نهجت نهجاً آخر مخالفاً لرأينا فى حكم أصدرته بتاريخ ٢٦ مارس ١٩٧٠ (طعن ٤/٣٦ق مجموعة النقض س ٢١ ص ٥١٣ قاعدة ٨٢) ، فى قضية تتلخص واقعاتها فى أن بيعاً ابتدائياً أبرم متضمناً شرطاً جزائياً عن تأخير البائع فى التوقيع على العقد النهائى ، وتأخر هذا بالفعل ، ثم حرر العقد النهائى خالياً من الشرط الجزائى ، وطالب المشترى بعد ذلك إعماله ، متذرعاً بوجوده فى العقد الإبتدائى ، وبأن عدم ذكره فى العقد النهائى لا يعتبر منه نزولا عنه ، إذ أن ذلك يرجع إلى صعوبة موافقة البائع عليه من جديد بعد أن وقع منه الإخلال بالفعل . ولم تأخذ محكمتنا العليا بوجهة نظر البائع ، مقررة أن عدم ذكر الشرط الجزائى فى العقد النهائى يدل على أن الطرفين قد تخليا عنه وانصرفت نيتهما إلى عدم التمسك به أو تطبيقه . بل إن الحكم ذهب إلى التعميم فقال : « إن العقد النهائى دون العقد الابتدائى هو الذى تستقر به العلاقة بين الطرفين ويصبح قانون المتعاقدين » . وذلك كله من الحكم محل نظر عندنا . إذ أنه يلزم ، عند تحديد الأحكام التى تنظم علاقة المتعاقدين النظر إلى العقد كنظام قانونى يقوم على إرتباط الإيجاب والقبول ، وما المحور الذى يتضمنه إلا مجرد أداة لإثباته أو لتسجيله ، وسواء فى ذلك أن يكون المحرر ابتدائياً أم انتهائياً . وهكذا يلزم إخضاع المتعاقدين لكل الأحكام التى يتفقان عليها اتفاقاً صحيحاً قانوناً ، سواء أتى ذكرها فى العقد الابتدائى أم فى العقد النهائى ، وذلك ما لم يثبت أنهما ، بعدم ذكرها فى العقد النهائى ، أرادا أن ينزلا عنها ، ومع مراعاة أن النزول لا يفترض ولا يؤخذ عن طريق الظن . فإغفال ذكر الشرط الذى أورده العقد الابتدائى فى العقد —

تعديل فى حدود العقار مثلا ، على نحو مايستبين من الإجراءات التمهيدية فى التسجيل . كما أنه يمكن إجراء التعديل إذا اقتضته ظروف الحال . كما إذا مات المشترى ، ورغب ورثته فى أن يكتب العقد النهائى بأسمائهم . ولم يكن فى ذلك خطر يتهدد المشترى ، وكما إذا تعاقد شخص بوصفه نائباً عن آخر . ولم يفصح للمتعاقد معه عن صفته فى العقد الابتدائى . وأراد أن يكون العقد باسم الأصيل ولحسابه ، وكان يستوى عند المتعاقد الآخر أن يكون التعاقد باسم النائب أو الأصيل ، كما إذا كان بائعاً واستوفى الثمن بتمامه (راجع المادة ١٠٦) .

وإذا لم يف أى من طرفى العقد الابتدائى بالتزامه بالمشاركة فى إبرام العقد النهائى على نحو مايفرضه عليه العقد ومجريات الحال ، كان للطرف الآخر أن يقاضيه ويطلب الحكم ، فى مواجهته ، بصحة العقد الابتدائى ونفاذه . شريطة ألا يكون هو بدوره مخلا بالالتزامات التى يفرضها العقد عليه .

والغالب حصوله فى خصوص بيع العقار — وهو المجال الخصب لورود العقد الابتدائى — أن البائع هو الذى يخل بالتزامه بإبرام العقد النهائى . وهو إخلال يتمثل عادة فى عدم ذهابه للمثول أمام موثق العقود والتوقيع أمامه على العقد النهائى . فيمتنع بذلك إجراء التصديق على توقيعه . ويتعذر التسجيل . وهنا يكون للمشترى أن يرفع على البائع دعوى . يطلق عليها « دعوى صحة العقد ونفاذه » . وينظر القاضى فى هذه الدعوى فيما إذا كان البيع صحيحاً أم باطلا . وفيما إذا كان نقل الملكية للمشترى ممكناً أو غير ممكن . وفيما إذا كان التزام البائع بنقلها متوجب الإنفاذ حالا أم لا — وهو لايكون كذلك إلا إذا كان المشترى غير مخل بالتزاماته . وعلى الأخص التزامه بدفع الثمن . وذلك إعمالا لمبدأ الدفع بعدم التنفيذ — حتى إذا ماتحقق القاضى من صحة البيع ونفاذ التزام

= النهائى لا يكفى بذاته وبمجرده للقول بأن الطرفين قد تخليا عنه ، كما ذهبت محكمتنا العليا . كما أنه ليس صحيحاً أن العقد النهائى وحده دون العقد الابتدائى هو الذى تستقر به العلاقة بين الطرفين ويصبح قانون المتعاقدين ، وإنما تستقر تلك العلاقة بالمحررين كليهما اللذين يصبحان معا قانون المتعاقدين ، وذلك باستثناء الأحكام التى يتضمنها العقد الابتدائى ، ويثبت أن المتعاقدين ، بإغفالها ذكرها فى العقد النهائى ، أرادا النزول عنها إن صراحة وإن ضمناً .

البائع بنقل الملكية حالا . حكم بصحة العقد الابتدائى ونفاذه . ويقوم حكمه هذا مقام العقد النهائى . حتى إذا ما سجل . انتقلت الملكية للمشترى [١] .

وغنى عن البيان أن ثبوت الحق للمتعاقد ، عند إخلال المتعاقد معه بما يفرضه العقد الابتدائى عليه من المساهمة فى إبرام العقد النهائى ، فى رفع دعوى صحة العقد الابتدائى ونفاذه ، لايخل بما يقرره له القانون من حقوق أخرى . كحقه فى طلب فسخ العقد وحقه فى التعويض .

ودعوى صحة ونفاذ العقد الابتدائى . عند الإخلال بالالتزام بإبرام العقد النهائى ، لاتعدو أن تكون وسيلة للوصول إلى التنفيذ العينى للالتزام . وهى من بعد ثمرة يانعة للخلق القضائى ، لاسيا فى مصر .

تلك هى الأحكام التى تنظم العقد الابتدائى ، وهى مستقاة من القواعد القانونية العامة ، إذ أن هذا العقد لم يحظ بعد فى مصر بالتنظيم التشريعى الخاص .

٨٠ — الوعد بالعقد :

يغلب فى العمل أن تبرم الصفقة المقصودة مباشرة ، كما إذا رغب شخصان فى بيع أو إيجار . فعقداه . ولكن يحصل فى بعض الأحيان أن يتفق شخصان لاعلى الصفقة ذاتها ، ولكن على أن يعد أحدهما الآخر بإبرامها معه ، إذا رغب فيها هذا الأخير خلال مدة معينة . وهذا هو الوعد بالعقد أو الوعد بالتعاقد . ومثاله أن يستأجر شخص من آخر قطعة أرض لمدة عشر سنوات ليبنى عليها مصنعاً ، ويخشى بطبيعة الحال أن ينتهى الإيجار ، فيضطر إلى ترك الأرض ومابناه عليها . وكان يتمنى لو أنه استطاع أن يتغلب على هذا الخطر الذى يتهدده ، عن طريق قيامه بشراء الأرض ، ولكن المـــال يعوزه . فيلجأ إلى صاحب الأرض ، ويستحصل منه على وعد بأن يبيعه إياها بثمن محدد ، لو أراد هو الشراء ، خلال مدة الإيجار . وهكذا نجد أنفسنا هنا أمام وعد بالبيع مقترن بعقد الإيجار . ومثال الوعد بالتعاقد أيضاً أن يتردد شخص

(١) راجع ، فى دعوى صحة العقد ونفاذه ، مؤلفنا : محاضرات فى العقود ج ٢ عقد البيع ، نبذة ٩٥ .

فى شراء شئ معين ، فيلجأ آخر إلى حثه على شرائه ، واعداً إياه بأنه لو اشتراه فإنه سيشتريه منه بدوره بثمن محدد ، يكون له فيه ربح يغريه ، أو أنه سيستأجره منه بأجرة محددة تشجعه ؛ وهنا نكون بصدد وعد بالشراء أو وعد بالاستئجار على حسب الأحوال . ومثال الوعد بالتعاقد ، فى النهاية ، أن يفتح بنك اعتماداً بمبلغ محدد لصالح شخص معين . ففتح الاعتماد يتضمن وعداً بالقرض ، وإن خصه المشرع بأحكام تخالف إلى حد كبير أحكام الوعد بالعقد بوجه عام [١] .

والوعد بالعقد promesse de contrat هو فى ذاته عقد . لأنه يقوم على إيجاب وقبول . فمن يعد آخر بالبيع ، مثلا ، يوجب له بهذا الوعد ، ثم يأتى الموعود له فيقبل منه الوعد صراحة أو ضمناً [٢] .

والوعد بالعقد ، وإن كان فى ذاته عقداً ، إلا أنه ليس هو العقد المقصود فى النهاية ، وإنما هو مجرد وسيلة تستهدف الوصول إليه . فهو لايعدو أن يكون من مقدمات العقد المقصود فى آخر الأمر ، أو هو عقد يراد به أن يتيح الفرصة لعقد آخر أن يقوم . وهو بهذه المثابة يعتبر من فصيلة عقد ما قبل العقد avant contrat . فالوعد بالبيع ، مثلا ، ولو أنه فى ذاته عقد ، إلا أنه لا يقصد به إلا أن يكون مجرد وسيلة تستهدف ، فى النهاية ، إجراء عقد آخر هو البيع . فقبول الموعود له لاينصب فى بداية الأمر إلا على مجرد الوعد بالبيع ، فهو لايتناول ذات البيع الموعود بإبرامه . ومن ثم ، فالوعد بالبيع — طالما بقى كذلك ، أى طالما لم يبد الموعود له رغبته فى إبرام

---

(١) اختلف فقهاء القانون التجارى فى طبيعة فتح الاعتماد . فمن قائل إن فتح الاعتماد هو عقد قرض معلق على شرط واقف هو قبض العميل المبلغ المفتوح الاعتماد به كله أو بعضه . وقال آخرون إنه عقد من نوع خاص . وقال فريق ثالث إنه عقد وعد بالقرض . ونحن نميل إلى هذا الرأى الأخير . راجع فى طبيعة فتح الاعتماد: محسن شفيق ، الوسيط فى القانون التجارى المصرى ج ٣ نبذة ٥٦ .

(٢) ويعتبر سكوت الموعود له قبولا ضمنياً للوعد ، إذ أن الإيجاب يتمخض عن محض منفعته (المادة ٢/٩٨) .

البيع فى المدة المحددة — لا يعتبر بيعاً ، ولايترتب عليه أى أثر من آثاره . فملكية الشئ تبقى للواعد . كما أن الموعود له لايلتزم بدفع الثمن .

والوعد بالعقد هو وعد انفرادى ، أى أن أحد طرفيه هو الذى يلتزم به دون الآخر ، الذى يقتصر دوره على أن يكون مجرد موعود له بإبرام العقد المستهدف ، كما هى الحال فى الأمثلة التى سردناها فيما سبق . ومع ذلك فقد جاء فى المادة ١٠١ / ١ ما يفهم منه إمكان وقوع الوعد مزدوجاً ، أى أن يتحمل به الطرفان كلاهما ، بأن يكون كل منهما واعداً للآخر بإبرام العقد وموعوداً منه به فى نفس الوقت . فتلك المادة تقضى بأنه : « ١ — الاتفاق الذى يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين فى المستقبل لاينعقد ، إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التى يجب إبرامه فيها » . فمؤدى النص السابق أن الوعد بالعقد يمكن أن يجىء انفرادياً ، كما يمكن أن يجئ ثنائياً أو ازدواجياً . وهو فى ذلك قد جاء بعيداً كل البعد عن التوفيق . إذ أن الوعد بالعقد ، بمعناه القانونى السليم ، وبأركانه المتطلبة قانوناً ، لايمكن له أن يكون إلا انفرادياً ، يلتزم به طرف واحد هو الواعد ، فى حين أن الطرف الثانى يكون مجرد موعود له . فعقد الوعد هو عقد ملزم لجانب واحد ، ولايمكن له أن بكون ملزماً لجانبين .

صحيح أن البعض من الفقهاء قد رأوا ، متأثرين فى ذلك بالنصوص التشريعية فى قوانين بعض البلاد المختلفة ، ومن بينها مصر ، أنه من الممكن أن يجىء الوعد بالعقد ثنائياً[١] ، أى أن يتحمل به كل من الطرفين لصالح الآخر .

---

(١) انظر من الفقهاء الذين يرون أن الوعد بالعقد يمكن له أن يجىء ثنائياً : السنهورى . الوسيط ج ١ ، نبذة ١٣٢ . ويلاحظ أن فقيهنا الكبير فى المثال الذى ضربه لما أطلق عليه « وعد ملزم للجانبين » قد التبس عليه الأمر ، فخلط بين الوعد بالعقد وما درج عرف المعاملات على تسميته بالعقد الابتدائى ، الذى سبق لنا أن عرضنا له منذ قليل (راجع ما سبق ، نبذة ٧٩) . وهذا الخلط من فقيهنا الفذ انعكس على صياغة نص المادة ١٥٠ من المشروع التمهيدى ، التى تمثل أصلا للمادة ١٠١ من القانون . فقد جاءت المادة ١٥٠ من المشروع التمهيدى تقول : « الاتفاق الابتدائى الذى يعد بموجبه المتعاقدان أو أحدهما بإبرام عقد معين فى المستقبل لا يكون صحيحاً إلا إذا حددت المسائل الأساسية للعقد المراد إبرامه والمدة التى يجب أن يتم فيها هذا العقد » . وقد حذفت كلمة « ابتدائى » أثناء مناقشة النص فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ، نتيجة اعتراض من أستاذنا حامد زكى بناء بحق على أن العمل قد جرى على أن العقود الابتدائية عقود=

ومثال ذلك . على نحو مايزعمون ، أن يتواعد شخصان معاً على أن تنشأ بينهما شركة معينة فى تاريخ يضربانه . أو أن يتفق شريكان فى الشيوع على إجراء قسمة المال الشائع بينهما فى موعد يبينانه . ومثال ذلك أيضاً . على نحو مايجئ على لسان كثير من الفقهاء . أن يعد زيد بكراً بأن يبيعه منزله بثمن معلوم ، إذا رغب بكر فى شرائه خلال مدة محددة . وفى نفس الوقت ، يعد بكر زيداً بأن يشترى منه هذا المنزل لو رغب زيد فى بيعه ، خلال السنة المحددة . والوعد الثنائى . أو المزدوج ، بالعقد . برغم أن القانون المصرى قد نص عليه (المادة ١٠١ / ١) . ومن قبلله فعل ذلك القانون الفرنسى (المادة ١٥٨٩) ؛ الوعد الثنائى . برغم هذا كله . لايعتبر فى الحقيقة مجرد وعد بإبرام العقد ، طالما أن القانون يستلزم فيه . كما يستلزم فى الوعد الانفرادى تماماً . تحديد المسائل الجوهرية للعقد الموعود بإبرامه . إذ أننا فى حالتنا هذه ، نجد الطرفين يرتضيان كلاهما العقد المقصود فى النهاية ، ويقبلان المسائل الجوهرية فيه . فما الذى ينقص إذن هذا العقد حتى يقوم وينعقد ! إن مايطلق عليه الوعد الثنائى أو المزدوج بالعقد ليس . فى الحقيقة ، إلا هذا العقد نفسه . وإن أرجىء قيامه إلى الموعد المحدد . أى أنه عقد مقترن بأجل ، لاأقل ولاأكثر . وربما كان ذلك هو الذى دعا المادة ١٥٨٩ / ١ من مدونة نابليون إلى القول بأن : « الوعد بالبيع يساوى البيع . إذا وجد هناك رضاء متبادل من الطرفين على المبيع والثمن » . والرأى الذى نقول به أخذ يلقى قبولا من الفقه [١] وعمدت محكمة النقض إلى السير عليه [٢] .

= نبتيه . وليست مجرد وعود بعقود أخرى (راجع مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ج ٢ ص ٧٦) .

وانظر كذلك من يقولون بالوعد الثنائى بالعقد : عبد المنعم الصده ، مصادر الالتزام نبذة ١٠٤ .

(١) راجع Marty et Raynaud . ج ٢ نبذة ١١٣ — جمال ذكى ، الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات — نبذة ٦١ .

(٢) انظر نقض ٢٥ مايو ١٩٧٢ ، المحاماة س ٥٦ ص ٨٢ رقم ٦٣ . وقد جاء فى هذا الحكم أن الوعد المتبادل بالبيع والشراء هو بيع تام ، وليس لمجرد وعد به .

٨١ – التمييز بين الوعد بالتعاقد وبين الإيجاب :

هناك بعض أنظمة تتشابه مع الوعد بالعقد . لاسيما الإيجاب إن وقع ملزماً ، والعقد الابتدائى . ويلزم التمييز بين نظامنا وبين غيره . حتى لا يقع اللبس .

فالوعد بالعقد . باعتباره فى ذاته عقداً ، يتميز عن الإيجاب ، حتى لو كان ملزماً . فالإيجاب ليس بعقد . فإن التزم صاحبه بالإبقاء عليه فى بعض الأحوال – وهذه هى حالة الإيجاب المقترن بميعاد محدد للقبول – فإن ذلك لايرتقى به إلى مرتبة العقد . طالما أن القبول لم يقترن به ممن وجه إليه . إذ أن التزام الموجب هنا قائم على مجرد إرادته المنفردة . وهكذا يبدو الفارق جد كبير فى طبيعة كل من الإيجاب وعقد الوعد .

بيد أنه إذا كان الفارق كبيراً بين طبيعة كل من الوعد بالعقد وبين الإيجاب به ، إلا أن النتيجة العملية تقترب فيهما إلى حد كبير . فى الحالة التى يكون الإيجاب فيها ملزماً . فالوعد بالعقد يلزم الواعد بأن يبر بوعده . ويبرم العقد الموعود بإبرامه لصالح الموعود له ، إذا أظهر هذا الأخير رغبته فى ذلك خلال المدة المحددة للوعد . بل إن مجرد إبداء الموعود له رغبته فى العقد الموعود به ، ووصول تلك الرغبة إلى علم الواعد خلال فترة الوعد ، يقيم ذلك العقد ، حتى إذا كان الواعد قد غير فى الحقيقة رأيه . إذ أن القانون لايقيم هنا وزناً لنكوله عن وعده . وفى هذا يتشابه الوعد بالعقد مع الإيجاب الملزم [١] تماماً . وهو من بعد تشابه ينصب على الأثر الرئيسى الذى يستهدفه كل منهما .

ومع ذلك فإن تشابه الوعد بالعقد مع الإيجاب الملزم فى الأثر الرئيسى المترتب على كل منهما ، إلا أنه يبقى بينهما مع ذلك فارق هام ، زيادة على ذاك الذى رأيناه متمثلا فى التخالف فى الطبيعة بين كل منهما . ويرجع هذا الفارق الجديد إلى أثر الموت وفقد الأهلية على كل منهما .

---

(١) راجع فى أثر الإيجاب الملزم ما سبق ، نبذة ٦١ .

فالإيجاب ، وإن كان في حد ذاته لا يسقط تحت ظل قانوننا المصرى ، كما سبق لنا أن رأينا [١] ، بموت الموجب أو الموجب له إلا أن من شأن هذا الحدث أن يحول دون قيام العقد . فموت الموجب له يجعل صدور القبول منه مستحيلا . ولا يمكن القول بأن الخيار فيه ينتقل إلى ورثته ، لأن الخيارات بخلاف الحقوق لا تورث . ثم إنه يمكن القول إن الموجب بإيجابه أراد أن يتعاقد مع ذات من وجه إليه إيجابه لا مع غيره . أما موت الموجب ، فيجعل اتصال القبول بعلمه مستحيلا ، وبالتالى لا يستطيع هذا القبول أن يقترن بإيجابه . وفق ماسبق لنا أن بيناه فى حينه ؛ ثم إنه يمكن القول بأن الموجب له ، بارتضائه الإيجاب ، قبل أن يتعاقد مع ذات الموجب لا مع غيره . أما الوعد بالعقد ، فلا يكون للموت تأثير عليه ، سواء بالنسبة إلى الواعد أو الموعود له . ذلك لأن الوعد بالعقد ، بخلاف الإيجاب ، هو فى ذاته عقد . وهو بهذه المثابة يرتب على الواعد التزاماً بأن يبرم العقد الموعود به ، إذا ما ارتضاه الموعود له فى الميعاد المحدد ، ويرتب للموعود له حقاً مقابلا فى ذلك . فإن مات الواعد انتقل الالتزام الذى كان يثقله إلى تركته ، وحق للموعود له أن يتمسك بقيام العقد الموعود به فى مواجهة ورثته ، فى حدود تركته . أما إذا مات الموعود له ، انتقل حقه إلى ورثته ؛ وساغ لهم أن يتمسكوا بقيام العقد فى مواجهة الواعد ، إذا ماجاء رضاؤهم به فى ميعاده ؛ وذلك مالم يكن الوعد قد صدر للموعود له بمراعاة شخصه .

٨٢ — التمييز بين الوعد بالعقد وبين العقد الابتدائى :

كما أن الوعد بالعقد يتميز عن الإيجاب ، وإن كان ملزماً ، فإنه يتميز أيضاً عن العقد الابتدائى . صحيح أن الوعد بالعقد والعقد الابتدائى يتشابهان فى كون كل منهما عقداً تام التكوين . وصحيح أيضاً أنهما يتقاربان — وإن لم يتماثلا — فى أن كلا منهما ، وإن كان فى ذاته عقداً ، إلا أنه ليس هو آخر المطاف . وليس هو فى ذاته المقصود فى نهاية الأمر ، وإنما هو عقد

---

(١) راجع ما سبق : نبذة ٦٣.

تمهيدى يستهدف أمراً آخر ، قد يكون عقداً جديداً ، وقد يكون مجرد إعادة صياغة لعقد قائم . وهذا ما تمكن معه بشيء من التجاوز ، جمعهما معاً تحت مايطلق عليه : عقد ما قبل العقد avant contrat . ولكن العقدين مع ذلك كله يختلفان اختلافاً جذرياً [١] .

فالوعد بالعقد ، وإن كان فى ذاته عقداً ، إلا أنه ليس هو العقد المقصود فى النهاية . وإنما هو مجرد وسيلة تستهدف الوصول إليه . فهو عقد يرمى إلى الوصول إلى عقد آخر مختلف فى ذاته عنه : فالوعد بالبيع ، مثلا ، يستهدف الوصول إلى البيع . ولكنه فى ذاته ليس هو البيع . وعقد الوعد ، فى سبيل الوصول إلى الغاية منه ، يحمل أحد طرفيه — وهو الواعد — التزاما بأن يبرم العقد الموعود به لصالح الطرف الآخر — وهو الموعود له — إذا ما ارتضى هذا الأخير قيامه خلال الميعاد المحدد . وهكذا فالعقد المقصود فى النهاية لايقوم إلا إذا ارتضى الموعود له قيامه فى الميعاد المحدد . وليس عليه فى ذلك إلزام . بل الأمر أمره ومتروك لخياره .

أما العقد الابتدائى ، فهو ، كما سبق لنا أن رأينا [٢] ، نفس العقد المقصود أولا وأخيراً . كل ماهنالك أنه ، لعلة خاصة ، أبرم فى صيغة أو شكل أولى ، انتظاراً لإعادة صياغته من جديد فى ثوبه النهائى . وعلى ذلك فالطرفان كلاهما ملتزمان بالعقد المقصود فى النهاية . ولا حاجة لقيام هذا العقد إلى رضاء جديد من أيهما . بل إنه ليس لأيهما عنه فكاك . فالعقد الابتدائى بالبيع هو فى ذاته بيع كامل ، وينتج كل آثار البيع ، فيما عدا مايتطلب منها

(١) يلاحظ أن الخلط بين العقد الابتدائى والوعد بالعقد ورد فى المادة ١٥٠ من المشروع التمهيدى التى تمثل أصل المادة ١٠١ من القانون . فقد جاءت تلك المادة تقول : « الاتفاق الابتدائى التى يعد بموجبه المتعاقدان أو أحدهما بإبرام عقد معين فى المستقبل . . . » . وعبارة « الاتفاق الابتدائى » ترجمة غير موفقة للاصطلاح الفرنسى convention prélimenaire أى الاتفاق الأولى أو التمهيدى . وقد حذفت العبارة السابقة من النص الذى جاء يقول فى بدايته : « الاتفاق الذى يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما . . . » ، لما لوحظ من أن العقود الابتدائية هى عقود نهائية (راجع مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٧٣ وما بعدها)

(٢) راجع ما سبق ، نبذة ٧٩ .

إجراءاً معيناً لا يتوافر فيه ، كما هو الشأن بالنسبة إلى نقل الملكية فى العقار ، حيث لايكون إلا بالتسجيل ، وهو إجراء لايلحق إلا العقد النهائى أو مايقوم مقامه ، وهو الحكم القاضى بصحة العقد ونفاذه . بل إن عقد البيع الابتدائى يولد بذات نفسه التزاماً على البائع بالعمل على نقل الملكية إلى المشترى ، مما يقتضى منه وجوب القيام بكل مايلزم من جانبه لتمكين المشترى من إجراء التسجيل . فإن لم يمتثل لمقتضى التزامه ، كان للمشترى أن يعمل على وصوله إلى تنفيذه عيناً ، وذلك برفع دعوى صحة ونفاذ البيع ، حيث يقوم الحكم الصادر فيها مقام العقد النهائى ، فإن تسجل انتقلت الملكية . وهكذا فالعقد الابتدائى يمكن له أن يصل بالمشترى إلى نقل الملكية إليه ، حتى لو امتنع البائع عن المساهمة فى إجراء العقد النهائى .

٨٣ — أركان الوعد بالعقد :

الوعد بالعقد ، هو فى ذاته عقد ، كما بينا . ويترتب على ذلك وجوب أن تتوافر فيه الأركان الثلاثة التى تقوم عليها العقود فى مجموعها ، وهى الرضاء والمحل والسبب . فلابد إذاً أن يتراضى الواعد والموعود له على الوعد [١] . وأن يكون كل منهما متمتعاً بالأهلية اللازمة لإبرامه [٢] ، وأن يجئ رضاؤه خالياً من العيوب . ثم يلزم أن يكون العقد الموعود بإبرامه ، وهو محل الوعد مشروعاً . كما أنه يتحتم ، فى النهاية ، أن يكون للواعد سبب يدفعه إلى التحمل بالوعد ، وأن يكون هذا السبب مشروعاً .

بيد أن توافر الأركان اللازمة فى العقود عموماً لايكفى لقيام الوعد بالتعاقد .

---

(١) ولا يعتبر رضاء الطرفين على الوعد قائماً إلا إذ توافقت إرادتاهما على المسائل الجوهرية للعقد الموعود بإبرامه كالمبيع والثمن بالنسبة إلى عقد البيع ، فإن اختلفا فى شأنها ما قام الوعد .

(٢) والأهلية اللازمة فى الواعد هى نفس الأهلية التى يجب توافرها فيه لو أنه أبرم العقد الموعود بإبرامه . فالأهليــة التى يلزم أن تتوافر فى الواعد بالبيع ، مثلا ، هى نفس الأهلية المتطلبة فيه لو أنه باع الشىء الذى وعد ببيعه . والسبب فى ذلك أن الوعد يلزم الواعد بإتمــام العقد الموعود بإبرامه إذا رغب فيه الموعود له . أما الموعود له ، فتكفى فيه أهلية الاغتناء ، أى أهلية الصبى المميز الذى بلغ السابعة من عمره ومن فى حكمه . إذ أن الوعد لا يرتب أى التزام على الموعود له ، فهو يعود عليه بالنفع المحض .

فإلى جانبها ، يلزم توافر ركنين آخرين فى جميع حالات الوعد بالتعاقد ، ثم ركن ثالث فى حالات خاصة منه ، وهى تلك التى يكون فيها العقد الموعود بإبرامه شكلياً . حيث يلزم أن يجئ الوعد ذاته فى نفس الشكل . وقد تضمنت المادة ١٠١ الأركان الخاصة بالوعد بالتعاقد ؛ وهى فى ذلك تقضى بأنه : ١ — الاتفاق الذى يعد بموجبه كلا المتعاقدين أو أحدهما بإبرام عقد معين فى المستقبل لاينعقد . إلا إذا عينت جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه والمدة التى يجب إبرامه فيها . ٢ — وإذا اشترط القانون لتمام العقد استيفاء شكل معين . فهذا الشكل تجب مراعاته أيضاً فى الاتفاق الذى يتضمن الوعد بإبرام هذا العقد » .

فيلزم ، لكى يقوم الوعد بالعقد ، أن يتوافر فيه ، إلى جانب الأركان اللازمة فى العقود بصفة عامة ، الأركان الخاصة به ؛ وهى الآتية :

١ — يلزم أن يتضمن الوعد ، إلى جانب طبيعة العقد الموعود بإبرامه ، بيعاً مثلا ، كان أم إيجاراً [١] ، جميع المسائل الجوهرية لهذا العقد . ويقصد بالمسائل الجوهرية للعقد الموعود بإبرامه الأمور التى لايعقد هذا العقد بغير التراضى عليها . فهى ، بالنسبة إلى البيع ، الشئ المبيع والثمن [٢] ؛ وهى ، بالنسبة إلى الإيجار ، العين المؤجرة والأجرة [٣] ؛ وهى بالنسبة إلى الرهن ، العين المرهونة والدين المضمون . فلا يكفى ، مثلا ، لقيام الوعد بالبيع ،

---

(١) على أنه لا يلزم بداهة أن تكون طبيعة العقد الموعود بإبرامه مبينة فى الوعد بيانا قانونياً دقيقا وسليماً . فذلك مسألة تكييف ، والتكييف ليس من شأن المتعاقدين . وإنما المقصود هنا أن تكون معالم الصفقة المعقودة واضحة ومبينة بياناً كافياً نافياً للجهالة .

(٢) ولا يلزم أن يكون الثمن محدداً فى الوعد تحديداً حسابياً ، أى بذات مبلغه ، وإنما يكفى أن يتضمن الوعد أساساً سليما لتحديده ، كما إذا حدد الثمن على أساس نسبه من أجرة العين (انظر نقض ١٦ ديسمبر ١٩٦٥ مجموعة النقض س ١٦ ص ١٢٩١) .

(٣) أما مدة الإيجار ، فهى وإن كانت ركناً فى العقد ، إلا أنه ليس من المحتم أن يعرض لها العاقدان مباشرة ، لا فى عقد الإيجار ذاته ، ولا فى عقد الوعد به . إذ أن القانون ، فى مثل هذه الحالة ، يفترض أن المتعاقدين قد قصدا أن تكون مدة الإيجار هى تلك المحددة لدفع الأجرة (راجع المادة ٥٦٣) .

أن يعد شخص بأن يبيع لآخر منزله . إذا لم يكن قد حدد الثمن الذى يعد بأن يحصل البيع على أساسه .

والمعيار الذى تجب مراعاته لمعرفة ماإذا كانت المسائل الجوهرية للعقد الموعود بإبرامه معينة فى الوعد من عدمه هو التساؤل عما إذا كان من شأن هذا العقد أن يقوم بمجرد أن يقول الموعود له قبلته ، دون حاجة إلى الاتفاق على شيء آخر . أم لا . فإذا كان الأمر الأول . فإن تعيين المسائل الجوهرية يعتبر حاصلا . وإلا فلا(١) .

٢ — ويلزم أن يتضمن الوعد المدة التى يلتزم الواعد بإبرام العقد الموعود بهخلالها إذا ماارتضاه الموعود له . فإن تجرد الوعد عن هذا التحديد . وقع باطلا . بيد أنه لا يلزم بالضرورة أن يكون تحديد المدة السابقة صريحاً . بل يكفى أن يستدل عليه ضمناً من ظروف الحال . كما إنه لايلزم أن يكون تحديد تلك المدة تحديداً عددياً . بالأيام أو الأشهر أو السنين مثلا . وإنما يكفى أن يتضمن الوعد أساس ذلك التحديد طالما كان سليماً من شأنه أن يمكن قاضى الموضوع من إجرائه على نحو سائغ ومقبول (٢) .

---

(١) أنظر نقض ٢١ إبريل ١٩٧٣ طعن ١١ / ٣٧ ق مجموعة النقض س ٢٤ ص ٦٤٩ قاعدة ١١٥ . وقد جاء فى هذا الحكم : « يشترط لانعقاد الوعد بالتعاقد طبقاً للمادة ١٠١ من القانون المدنى أن يتفق المتعاقدان على جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد إبرامه ، فضلا عن المدة التى يجب إبرامه فيها ، وذلك حتى يكون السبيل مهيئاً لإبرام العقد النهائى بمجرد ظهور رغبة الموعود له ، دون حاجة إلى الاتفاق على أى شيء آخر . والمقصود بالمسائل الجوهرية للعقد الموعود بإبرامه أركان هذا العقد وشروطه الأساسية التى يرى العاقدان الاتفاق عليها والتى ما كان العقد يتم بدونها » . وانظر أيضاً نقض ٢٣/١/١٩٦٤ ، مجموعة النقض س ١٥ ص ١١٥ . وقد قضى هذا الحكم ببطلان وعد بالبيع لعدم تضمنه الاتفاق على شروط أساسية للبيع، واحتفاظ الواعد بحق البيت فيها مستقبلا .

(٢) انظر نقض ٣٠ مارس ١٩٧٧ ، مجموعة النقض س ٢٨ ص ٨٦٥ قاعدة ١٥١ . وتتلخص واقعات الدعوى التى صدر فيها هذا الحكم فى أن شخصاً أجر لآخر شقة فى عمارته ، ونظرا لضيقها ، وعده بأن يؤجر له بدلها أى شقة أخرى تخلو فى عمارته وتكون له أنفع ، من غير أن يتضمن الوعد مدة محددة تحديداً صارماً لسريانه . خلت بالفعل شقتان فى العمارة بعد أكثر من ثمانى سنوات ، وأخطر المستأجر مالك العمارة برغبته فى استئجار إحداها . ولكن هذا الأخير شغلهما بغيره . فرفع المستأجر الموعود له دعوى يطالب فيها بإنفاذ الوعد . وقضت =

٣ — الركنان السابقان يكفيان لقيام الوعد بالعقد بوجه عام ، على فرض توافر الأركان العامة فى مجموع العقود ، وهى التراضى والمحل والسبب . بيد أنه فى نوع معين من الوعد بالعقد . وهو الوعد بإبرام العقود الشكلية ، يلزم توافر ركن ثالث . هو أن يجئ الوعد فى نفس الشكل الذى يستلزمه القانون لقيام العقد الموعود بإبرامه . فإذا تطلب القانون . لقيام عقد معين ، شكلا خاصاً ، وجب لقيام الوعد بإبرام هذا العقد ، أن يجئ فى نفس الشكل (المادة ١٠١ / ٢ مدنى) . وتطبيقاً لهذه الفكرة ، يقع باطلا الوعد بالرهن

= محكمة الاستئناف بصحة الوعد بالتأجير ، وحددت له مدة تسع سنوات ، وعلى أساس ذلك قضت بتمكين الموعود له من إحدى الشقتين الخاليتين . وأيدت محكمة النقض هذا القضاء من محكمة الموضوع . وجاء فى حكمها : « لما كان الوعد بالإيجار الملزم لجانب واحد هو عقد بمقتضاه يتعهد صاحب العين بأن يؤجرها لآخر إذا رغب فى استئجارها ، وكان هذا العقد وفقاً للمادة ١٠١ من القانون المدنى يعتبر ملزماً لمن صدر منه بشرط أن تبين فيه العناصر الجوهرية لعقد الإيجار وأن تحدد فيه المدة التى يجوز فيها إلزام الواعد بإتمام الإيجار خلالها ، وكان الاتفاق على تحديد هذه المدة لا يشترط أن يكون صريحاً ، بل يجوز أن يكون ضمناً ، فيحق للقاضى أن يستخلص من ظروف الاتفاق المدة التى يقدرها لنفاذ الوعد بالإيجار ، لما كان ذلك وكان الوعد بالإيجار مثار النزاع قد خلا من تقدير المدة التى يجوز فيها إلزام الطاعن (الواعد) بإبرام عقد الإيجار الموعود به للمطعون عليه (الموعود له) ، فإنه لا تثريب على محكمة الموضوع إن هى قدرت المدة التى اعتبرتها معقولة فى نطاق ما تستقل به من سلطة تقديرية وفق مقصود العاقدين » .

وهذا الحكم من محكمتنا العليا محل نظر عندنا . فتحديد المدة التى يلتزم فيها الواعد بإنفاذ وعده لم يأت ضمناً كما ذهبت المحكمة ، وانما صرح فى العقد بأساس لتحديدها ، وهو خلو شقة مناسبة فى العمارة ، وهو أمر مستقبل غير محقق الوقوع ، وغير معروف وقته إذا قدر له أن يكون . وهكذا فأساس تحديد المدة فى خصوصية الدعوى غير سليم ، الأمر الذى ينبغى معه القول بخلو الوعد بالإيجار من تعيين المدة التى يجب إبرام الإيجار خلالها . والدليل على صحة ما نقول أن محكمة الموضوع حددت مدة الوعد بتسع سنين ، وهو تحديد قام على محض التحكم منها . فلا يستبين من واقعات القضية المنشورة أى دليل عليها . وليس صحيحاً ما ذهبت إليه محكمتنا العليا من أن لمحكمة الموضوع أن تحدد مدة الوعد عند عدم تحديد العاقدين إياها ، مادامت المدة التى تحددها معقولة . فالأمر ليس مجرد رخصة لمحكمة الموضوع تقدره بما تراه مادام تقديره معقولا ، وإنما يلزم أن يكون لهذا التقدير أساس واضح من مقصود العاقدين من شأنه أن يبعد القاضى عن التحكم فيما يحدده .

الرسمي أو الوعد بالهبة . إذا جاء في ورقة عرفية [١] ؛ حيث إن القانون يستلزم الرسمية لقيام الرهن الرسمي (المادة ١٠٣١ / ١) ، كما يستلزمها في

---

(١) وقد وردت في مذكرة المشروع التمهيدي (انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٧٥) عبارة أحدثت بلبلة في الفقه . فقد جاء في هذه المذكرة : « ومع ذلك فالوعد بإبرام عقد رسمي لا يكون خلواً من أي أثر قانوني ، إذا لم يستوف ركن الرسمية . فإذا صح أن مثل هذا الوعد لا يؤدي إلى إتمام التعاقد المقصود فعلا ، فهو بذاته تعاقد كامل يرتب التزامات شخصية ، طبقاً لمبدأ سلطان الإرادة . وهو بهذه المثابة قد ينتهي عند المطالبة بالتنفيذ إلى إتمام عقد الرهن أو على الأقل إلى قيام دعوى بالتعويض ، بل وإلى سقوط أجل القرض الذي يراد ترتيب الرهن لضمان الوفاء به » .

وقد دفعت هذه العبارة بعض الفقهاء إلى القول بأنه إذا استلزم القانون أن يجيء الوعد في نفس الشكل المتطلب لقيام العقد الموعود بإبرامه ، فإن ذلك لا يشترط لذات انعقاد الوعد . ولكن فقط لمجرد إمكان الحصول بمقتضاه على حكم يقوم مقام العقد الموعود بإبرامه (انظر في هذا المعنى : سليمان مرقس ، نظرية العقد ، نبذة ١١٣ ، والتأمينات العينية ، نبذة ٦٩ — السنهوري ، المرجع السابق نبذة ١٣٥ — عبد المنعم الصده ، المرجع السابق نبذة ١٣٥ .

ولا يمكن التسليم بهذا الرأي . فالشكل ركن في الوعد لا يقوم بغير توافره . ثم إن مقومات هذا الرأي تتهاتر . فهو ، من ناحية ، يقول بأن الوعد الذي يتخلف فيه الشكل يقع صحيحاً ، ويرتب على الواعد التزاماً بإبرام العقد الموعود به . وهو ، من ناحية أخرى ، يقول باستحالة استصدار حكم بإيقاع هذا العقد ، إذا امتنع الواعد عن إبرامه اختياراً . وفي هذا شيء يتنافى مع المنطق . فما دام الوعد صحيحاً ، ومادام هو يرتب التزاماً بإبرام العقد الموعود به ، فما الذي يمنع من استصدار حكم بإيقاع هذا العقد ، إذا اقتضت الضرورة ذلك ! فهذا الإجراء لا يعدو أن يكون تنفيذاً عينياً لذلك الالتزام .

والرأي الذي نراه صواباً ، وفقاً لما يظهر من نص المادتين ١٠١ و ١٠٢ ومن الغرض الذي استهدفه المشرع من استلزام أن يجيء الوعد في نفس الشكل المتطلب لقيام العقد الموعود بإبرامه ، هو أن تخلف الشكل في الوعد بالتعاقد ، عند لزومه ، يجر إلى بطلانه بطلاناً مطلقاً ، لتخلف ركن من أركانه . فالوعد بالرهن الرسمي ، إذا جاء في ورقة عرفية ، وقع باطلا أصلا ، وتشابه بذلك مع الوعد بالهبة . وإن كان القانون قد خص الوعد بالهبة بنص يصرح ببطلانه إذا لم يأت في الشكل الرسمي (المادة ٤٩٠) . انظر في نفس الرأي الذي ذهبنا إليه : جمال زكي ، المرجع السابق نبذة ٦٢ والهامش ٥ .

وإذا كان الوعد بالرهن الرسمي الذي تتخلف عنه الرسمية يقع باطلا ، فإنه يمكن إعمال نظرية تحول العقد في شأنه إذا توافرت شروطها ، فيقوم على أنقاضه عقد وعد بتقديم تأمين لضمان الدين دون تحديد لذاتيته ، الأمر الذي من شأنه أن يسقط أجل الدين عند عدم تقديم هذا التأمين ، إذا كان للدين أجل . راجع في ذلك : مؤلفنا التأمينات الشخصية والعينية ، نبذة ١٩٦ .

الهبة مالم تتم تحت ستار عقد آخر من عقود المعاوضات، أو وردت على منقول وتم إقباضه (المادة ٤٨٨) .

والحكمة من تطلب ورود الوعد فى نفس الشكل الذى يستلزمه القانون لقيام العقد الموعود بإبرامه ظاهرة . إذ أن الوعد بإبرام عقد معين ، إذا قام صحيحاً ، كان من شأنه أن يؤدى إلى قيام هذا العقد ، إذا رغب فيه الموعود له ، كما سنبينه بعد قليل . فإذا ساغ أن يجئ الوعد فى غير الشكل الذى يرسمه القانون لقيام العقد الموعود بإبرامه ، لأمكن بذلك لهذا العقد الأخير أن يقوم من غير اتباع ذلك الشكل . وبهذا يتمثل الوعد بالعقد طريقاً للإفلات من الشكل الذى يستلزمه القانون [١] .

٨٤ — أثر الوعد بالعقد :

إذا قام الوعد بالعقد [٢] . أنتج أثره . وقد جاءت المادة ١٠٢ . فى شأن تحديد هذا الأثر . تقول : « إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالباً تنفيذ الوعد ، وكانت الشروط اللازمة لتمام

(١) راجع فى ذلك المذكرة الإيضاحية عن المادة ١٥٠ من المشروع التمهيدى (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٧٣ و ٧٤) . وقد جاء فيها : « ... أما فيما يتعلق بالشكل ، فلا يشترط وضع خاص ... إلا إذا كان القانون يعلق صحة العقد المقصود إبرامه على وجوب استيفاء شكل معين . فى هذه الحالة ، ينسحب الحكم الخاص باشتراط الشكل على الاتفاق التمهيدى نفسه . ويوجه هذا النظر إلى أن إغفال هذا الاحتياط يعين على الإفلات من قيود الشكل الذى يفرضه القانون ، مادام أن الوعد قد يؤدى إلى إتمام التعاقد المراد عقده ، فيما إذا حكم القضاء بذلك . ويكفى لبلوغ هذه الغاية أن يعدل المتعاقدان عن إبرام العقد الذى يرغب فى الإفلات من القيود الخاصة بشكله ، ويعمدا إلى عقد اتفاق تمهيدى أو وعد بإتمام هذا العقد ، لا يستوفى فيه الشكل المفروض، ثم يستصدران حكماً يقرر إتمام التعاقد بينهما ، وبذلك يتاح لهما أن يصلا عن طريق غير مباشر إلى عدم مراعاة القيود المتقدم ذكرها » .

(٢) واستخلاص وجود الوعد أو عدم وجوده من عبارات العقد ذاتها لا تعدو أن تكون مسألة تفسير ، ومن ثم فهو يدخل فى سلطة قاضى الموضوع التقديرية (نقض ١٩٥٧/٦/١٣ ، مجموعة النقض س ٨ ص ٥٧٦ قاعدة ٦٤) . أما تحديد ما إذا كان الوعد قد قام من عدمه بالنظر إلى توافر أركانه أو انتفائها ، فهو بالضرورة مسألة قانون ، ومن ثم فهو يخضع لرقابة محكمة النقض .

العقد وبخاصة مايتعلق منها بالشكل متوافرة ، قام الحكم متى حاز قوة الشيء المقضى به مقام العقد » .

ومن شأن هذا النص أن يثير اللبس ، لا بالنسبة إلى وجوب أن يبر الواعد بوعده ، ولا بالنسبة إلى تحمله بالالتزام بإبرام العقد الموعود بإبرامه إذا ماأبدى الموعود له رغبته فيه خلال المدة المحددة ، فهذا الأمر وذاك واضحان بيّنا الوضوح . ولكن النص يثير اللبس بالنسبة إلى كيفية قيام العقد الموعود به ، إذا ماأبديت من الموعود له الرغبة فيه فى ميعادها . وإلى وقت قيامه . فإذا أبدى الموعود له رغبته وكانت فى ميعادها ، وامتثل الواعد لرغبته تلك وحرر معه العقد الموعود به فى تاريخ تال ، فهل يعتبر العقد أنه قد قام عند إبداء الموعود له رغبته فيه أم عند تحريره ؟ وإذا نكل الواعد عن وعده ، برغم إبداء الموعود له رغبته فى ميعادها . وقاضاه هذا الأخير . فهل يحكم القاضى بإيقاع العقد بحكم إنشائى ، فيرجع قيامه إلى تاريخ صدوره . أم أن القاضى يحكم بتقرير وقوع العقد من تاريخ إبداء الموعود له رغبته فيه ؟

إن نص (المادة ١٠٢) لايقطع فى هذا الأمر بقول فصل . بل إن صياغته قد توحى إلى أنه إلى الرأى الثانى أقرب . ومع ذلك فإن الرأى الذى نراه صواباً ومتفقاً مع حكم القانون هو أن العقد الموعود به يقوم بمجرد أن يبدى الموعود له رغبته فى إبرامه . وتتصل رغبته تلك إلى الواعد . طالما كان ذلك كله فى الميعاد المحدد للوعد . ذلك لأن الواعد لايتحمل فقط بالالتزام بإبرام العقد الموعود به ، إذا ماأبديت الرغبة فيه فى ميعادها ، وإنما يلتزم أيضاً بالإبقاء على الوعد بالصفقة قائماً طول الميعاد . بحيث إن العقد الموعود به يقوم من فوره بمجرد حصول الرغبة واتصالها بعلم الواعد . ولا يمكن لعقد الوعد هنا — وهو فى ذاته عقد — أن يكون أدنى أثراً من الإيجاب الملزم الذى هو قائم على مجرد إرادة منفردة من الموجب . وهكذا فإذا نكل الواعد عن وعده . وقاضاه الموعود له . وصدر الحكم بإيقاع العقد الموعود به ، فإن هذا العقد يعتبر قائماً من تاريخ إبداء الرغبة واتصالها بعلم الواعد . فالحكم هنا يعتبر تقريرياً وليس إنشائياً . وهذا الذى وصلنا إليه يسير عليه الفكر القانونى فى مصر

فقهاً [١] وقضاء [٢] . وإن كان جوهر المسألة وما يمكن له أن يثيره من خلاف لم يحظ باهتمامه أصلا . أما فى الفكر القانونى الفرنسى ، فالمسألة لازالت مثاراً للخلاف .

هكذا نصل إلى أن العقد الموعود بإبرامه يقوم بمجرد أن يرتضيه الموعود له [٣] ويتصل رضاؤه به بعلم الواعد ، طالما حصل ذلك كله فى الفترة المحددة لبقاء الوعد [٤] .

---

(١) انظر : السنهورى ، الوسيط ج ١ نبذة ١٣٩ — عبد المنعم الصده ، المرجع السابق نبذة ١٠٧ — جمال ذكى ، الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات ، نبذة ٦٣ .

(٢) انظر : نقض ٢١ إبريل ١٩٧٣ طعن ٣٧/١١ق مجموعة النقض س ٢٤ ص ٤٩ - قاعدة ١١٥ .

(٣) على أنه لا يعتد برضاء الموعود له إلا إذا جاء على نحو ما تضمنه الوعد . فإذا قبل الموعود له إبرام العقد ، ولكن على نحو يتغاير مع ما اتفق عليه فى الوعد كشروط له ، فإنه لا يقوم أصلا . راجع فى ذلك نقض ١٦ ديسمبر ١٩٦٥ طعن ٣١/١٩٨ق مجموعة النقض س ١٦ ص ١٢٩١ قاعدة ٢٠٢ . وتتلخص وقائع الدعوى التى صدر فيها هذا الحكم فى أن شركة البيبسى كولا استأجرت قطعة أرض من شخص معين ، استحصلت منه على وعد ببيعها لها إذا رغبت فى شرائها فى ميعاد محدد ، وذلك بثمن يتحدد على أساس الأجرة السنوية (عشرون ضعفاً) ، وكانت الأجرة نفسها محددة على أساس يدخل فيه ثمن زجاجات البيبسى كولا . أبدت الشركة رغبتها فى البيع فى الميعاد ولكن على أساس ثمن رأته المحكمة غير متفق مع الأساس الذى تضمنه الوعد ، فقضت المحكمة بعدم قيام البيع . وجاءت فى حكمها تقول : « لما كان يشترط قانوناً لانعقاد العقد — فى حالة ما إذا أبدى الموعود له رغبته فى التعاقد — مطابقة إرادته لإرادة الواعد التى عبر عنها فى وعده مطابقة تامة فى كل المسائل الجوهرية التى تناولها التعاقد — فإذا اقترنت هذه الرغبة بما يعدل فى الوعد ، فلا ينعقد العقد ، ما لم يقبل الواعد هذا التعديل . إذ تعتبر هذه الرغبة بمثابة إيجاب جديد ، فلا ينعقد العقد به إلا إذا صادفه قبول من الطرف الآخر — وكانت محكمة الموضوع قد استخلصت بأسباب سائغة وفى نطاق سلطتها الموضوعية أن إرادة طرفى العقد لم تتطابق بشأن ركن الثمن ، لأن الشركة أظهرت رغبتها فى الشراء بثمن يقل عن الثمن المتفق عليه فى العقد والذى صدر الوعد من المطعون ضده على أساسه ... ، فإن الحكم إذا انتهى إلى أن البيع لم ينعقد ... فإنه لا يكون قد خالف القانون » .

(٤) ويكفى لقيام العقد الموعود بإبرامه أن يرتضيه الموعود له ويتصل رضاؤه بعلم الواعد فى المدة المحددة ، فلا يلزم بعد ذلك أن يقوم الموعود له بالوفاء بالالتزامات التى يرتبها عليه العقد الذى ارتضاه ، مالم يتفق فى الوعد على غير ذلك ، وما لم يستدل من سكوت الموعود له على أنه أراد أن يوجب للواعد بالتقايل عن العقد الذى قام . وفى مثل هذه الحالة ، إذ قبل الواعد بدوره =

أما قبل ارتضاء الموعود له العقد الموعود بإبرامه ، فليس يوجد إلا عقد الوعد . أما العقد الموعود بإبرامه فليس بقائم بعد . فإذا وعد شخص ، مثلا آخر بأن يبيعه منزله ، إذا رغب فى شرائه خلال سنة ، فطالما أن هذا الوعد لم يقترن بارتضاء الموعود له قيام العقد الموعود به ، فالبيع غير قائم ولاينتج آثاره . ويترتب على ذلك أنه لايحق تسجيل الوعد بالبيع ، إذا ورد فى شأن عقار ، وهو إن تسجل ، ماكان لتسجيله أثر . وتبقى ثمار الشئ الموعود بيعه للواعد . ولاتكون للموعود له إلا بعد أن يرتضى الشراء فى الميعاد المحدد للوعد ، وابتداء من تاريخه ارتضائه إياه ، بل من التاريخ الذى يعلم فيه الواعد بهذا الرضاء .

وغنى عن البيان أن العقد الموعود بإبرامه لايقوم ، إعمالا للوعد ، إلا إذا ارتضاه الموعود له واتصل رضاؤه بالواعد خلال المدة المحددة لبقاء الوعد . أما إذا انقضت تلك المدة ، من غير أن يتصل بعلم الواعد رضاء الموعود له ، فإن الوعد يسقط من فوره ومن تلقاء نفسه ، وتبرأ ذمة الواعد نهائياً ، وذلك دون حاجة من الواعد إلى أن يتخذ إجراء ما كتنبيه أو إنذار [١] .

وموت الواعد أو الموعود له لايؤثر فى إمكانية قيام العقد الموعود به ، إذا حصل الرضاء به فى ميعاده . فالوعد بالعقد لايسقط بالموت .

فإذا مات الواعد ، بقى للموعود له خياره فى قيام العقد الموعود به ، ليباشره فى مواجهة ورثة الواعد ، حتى إذا ماصدر رضاؤه بذاك العقد على

= التقايل إن صراحة وإن دلالة ، اعتبر العقد الموعود بإبرامه أنه قد قام فعلا ، ولكنه انحل بعد قيامه . واستخلاص حصول التقايل هنا من عدمه مسألة واقع ، ويدخل بالتالى فى سلطة قاضى الموضوع التقديرية . انظر فيما سبق نقض ١٣ يونيه ١٩٥٧ ، مجموعة أحكام النقض س ٨ ص ٥٧٦ قاعدة ٦٤ .

(١) انظر نقض ٦ مايو ١٩٥٤ ، مجموعة النقض س ٥ ص ٨٣٤ قاعدة ١٢٤ . وقد جاء فى هذا الحكم *أنه متى كان المطعون عليه قد تعهد بأن يبيع عقاراً للطاعن إذا قبل ذلك وقام* بدفع الثمن خلال مدة معينة ، فإن الحكم لا يكون قد أخطأ إذا كيف هذا الاتفاق بأنه وعد بالبيع من جانب المطعون عليه يسقط من تلقاء نفسه بلا إنذار أو تنبيه ، إذا انقضى الأجل دون أن يظهر الطاعن رغبته فى الشراء .

نحو مايتطلبه القانون ، قام وانعقد . وإذا مات الموعود له ، انتقل خيار قيام العقد الموعود به إلى خلفائه ، مالم يكن الوعد قد أعطى له بمراعاة شخصه .

٨٥ — التعاقد بالعربون :

الأصل فى التعاقد أنه بات ، بمعنى أنه لا يجوز لأحد طرفيه بعد تمامه أن يستقل بالتحلل منه . ولكن يسوغ فى بعض الأحيان أن يتم التعاقد ، على أن يكون لطرفيه أو لأحدهما أن يعدل عنه بمحض إرادته . ومن أبرز هذه الحالات : التعاقد بالعربون . وهذا النوع من التعاقد شائع فى العمل ؛ لاسيما فى البيع والإيجار .

والعربون[1] les arrhes هو مبلغ من النقود ، أو أى شئ آخر غيره . يقوم أحد المتعاقدين بإعطائه للآخر عند التعاقد . وإن كان الغالب فى العمل أن يقتصر العربون على النقود .

وقد عمد القانون المدنى المصرى إلى تنظيم التعاقد بالعربون ، وذلك فى المادة ١٠٣ منه ، التى جاءت تقضى بأنه : « ١ — دفع العربون وقت إبرام العقد يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق فى العدول عنه ، إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك . ٢ — فإذا عدل من دفع العربون فقده . وإذا عدل من قبضه ، رد ضعفه . هذا ولو لم يترتب على العدول أى ضرر » .

وسوف نتناول العربون فى دلالته ، ثم نتكلم فى خيار العدول عن العقد المقترن به ، لنعقب بأثر هذا العدول ، ونكمل بالكلام فى استحالة تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد المقترن بالعربون . لننتهى بعرض نظام العربون فى الفقه الإسلامى .

٨٦ — دلالة العربون :

قيام أحد المتعاقدين بدفع العربون للآخر ، عند إبرام العقد ، يستهدف إحدى غايتين أساسيتين ، وفقاً لما تقصده الإرادة المشتركة . فقد يقصد المتعاقدان ،

---

(١) ويقال فى اللغة : العربون (بضم العين أو فتحها) ، كما يقال أيضاً عربان (بضم العين).

البائع والمشترى مثلا ، من دفع العربون ، منح أحدهما أو كليهما خيار العدول عن العقد الذى أبرماه ، أى أنهما يقصدان من العربون أن يكون عربون عدول . وقد يقصد المتعاقدان من دفع العربون عكس ماسبق ، أي تأكيد إبرام العقد ، وجعله باتاً نهائياً لارجوع فيه ولا نكوص عنه . وذلك عن طريق تعجيل جزء من المقابل الذى يلتزم به أحدهما ، أى الثمن ، مثلا ، بالنسبة إلى عقد البيع . وهنا يكون المقصود هو عربون البتات . فالأمر فى تحديد ماإذا كان العربون هو عربون رجوع أم عربون بتات مرده إلى قصد العاقدين عنه إبرام العقد (١) .

ولكن قصد العاقدين قد يغم على القاضى ، فيترك دفع العربون وراءه ظلال الشك فى أمره . وهنا يثور التساؤل حول الاتجاه الذى يفسر فيه هذا الشك ، إذا ما قعدت وسائل التفسير عن تبديده : أيفسر على نحو أن العاقدين قد قصدا من دفع العربون تأكيد قيام العقد ، ومن ثم بتاته ؛ أم يفسر على أنه يفيد أنهما قصدا به ثبوت خيار الرجوع فى العقد ؟ وبعبارة أخرى ؛ أيفسر دفع العربون على أن العاقدين قد قصدا به أن يكون عربون بتات أم عربون رجوع ؟

وفى سبيل الأخذ بهذا الاتجاه أو ذاك ، اختلفت تقنينات الدول وتباينت أحكامها (٢) . وجاء القانون المصرى يسير فى اتجاه عربون الرجوع ،

---

(١) انظر : نقض ٣٠ إبريل ١٩٧٠ ، طعن ٦/٣٦ ق مجموعة النقض س ٢١ ص ٧٤٣ قاعدة ١٢ .

(٢) فمن كان من تلك التقنينات جرمانى النزعة سار فى اتجاه عربون البتات ، كالقانون الألمانى (المادة ٣٣٦) ، والقانون السويسرى (المادة ١٥٨ من مدونة الالتزامات) ، والقانون البولونى (المادة ٧٤) . أما التقنينات اللاتينية النزعة ، فلم تتفق كلمتها ، وسار البعض منها فى اتجاه عربون الرجوع ، كالقانون الفرنسى (المادة ١٥٩٠) ، والبعض الآخر فى اتجاه عربون البتات ، كالقانون الإيطالى القديم (المادة ١٢١٧) ، ومشروع القانون الفرنسى الإيطالى (المادة ١٧٠) ، والقانون التونسى (المادة ٣٠٣) والقانون المغربى (المادة ٢٨٨) . وحذا حذو القانون المصرى أكثر قوانين البلاد العربية الأخرى التى استوحته ، فسارت بدورها فى اتجاه عربون الرجوع ، كالقانون السورى (المادة ١٠٤) ، والقانون الليبى (المادة ١٠٣) ، والقانون الكويتى (المادة ٧٤) . ولم يخالف هذا الاتجاه إلا القانون العراقى حيث اعتبر العربون ، عند الشك ، عربون بتات (المادة ٩٢) .

جاعلا من دفع العربون ، وقت إبرام العقد ، قرينة قانونية على أنه يفيد منح كل من المتعاقدين حق العدول ، أو خيار العدول ، عن العقد الذى أبرماه : وذلك إلى أن يثبت أنهما قصدا غير ذلك إن صراحة أو ضمناً . وفى ذلك تقضى المادة ١٠٣ / ١ بأنه : « دفع العربون ، وقت إبرام العقد ، يفيد أن لكل من المتعاقدين الحق فى العدول عنه ، إلا إذا قضى الاتفاق بغير ذلك » . وقد جاء هذا النص متجاوباً مع السائد عرفاً فى مصر [١].

وهكذا فدفع العربون يقوم قرينه على أن المتعاقدين قد قصدا أن يكون لكل منهما خيار العدول عن العقد الذى أبرماه . وذلك دون اعتداد بإرادة الطرف الآخر . بشرط أن يكون هذا الدفع قد تم عند التعاقد ، لا بعد ذلك . بيد أن هذه القرينة بسيطة . فيجوز دحضها بإقامة الدليل على أن إرادة المتعاقدين المشتركة قد اتجهت ، صراحة أم ضمناً ، إلى مايخالفها [٢] . ويجوز دحض هذه القرينة بكل طرق الإثبات ، بما فيها البينة والقرائن [٣] . والمسألة من بعد مسألة واقع . وتختلف باختلاف ظروف كل حالة ، ومردها . فى النهاية ، لتقدير قاضى الموضوع . الذى يعمل ، من خلال أدلة الإثبات

---

(١) جاء المشروع التمهيدى ، فى المادة ١٥٢ منه ، جاعلا من دفع العربون وقت إبرام العقد دليلا على بتاته ، ما لم يقض الاتفاق أو العرف بغير ذلك . ولكن عدل عن هذا الاتجاه وتغير النص على النحو الذى جاءت به المادة ١٠٣ من القانون لتصير دلالة العربون على أنه عربون رجوع ما لم يتفق العاقدان على بتاته . وجاء تبريراً لهذا العدول أنه قصد به التمشى مع العرف السائد فى بلادنا (انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٨٠ وما بعدها) .

(٢) انظر نقض ١٩٧٠/٢/٢٦ طعن ٥٦ / ٣٥ق مجموعة أحكام النقض س ٢١ ص ٣٤٤ قاعدة ٥٦ . وقد جاء فى هذا الحكم أن « مقتضى نص المادة ١٠٣ من القانون المدنى أن دفع العربون وقت إبرام العقد يدل على جواز العدول عن البيع ، إلا إذا اتفق الطرفان صراحة أو ضمناً على أن دفع العربون قصد به تأكيد العقد ، فيعتبر المدفوع تنفيذاً له وجزءاً من الثمن » .

(٣) ومن القرائن التى تدل على ما يخالف القرينة التى يقيمها القانون والمتمثلة فى اعتبار العربون عربون رجوع ، أن يكون المبلغ المدفوع كبيراً ، كما إذا اشترى شخص سيارة ، مثلا ، بألف جنيه ، ودفع من الثمن خمسمائة أو أكثر . فجسامة المبلغ المدفوع بالنسبة إلى الثمن المطلوب ، تنهض بذاتها قرينة ، وإن لم تكن قاطعة ، على أن المتعاقدين لم يقصدا منه أن يكون عربوناً مخولا حق العدول عن البيع ، وإنما قصد به أن يكون جزءاً معجلا من الثمن فى بيع بات لا رجوع فيه . والأمر من بعد متروك لتقدير قاضى الموضوع .

المقدمة له ، على أن يستظهر منها ما إذا كانت إرادة المتعاقدين قد قصدت مخالفة القرينة التي يقيمها القانون من عدمه [١] . فإن لم تظهر له تلك الإرادة ، تحتم عليه اعتبار العربون عربون عدول . وقاضي الموضوع . بالنسبة إلى هذا الأمر الأخير ، يخضع لرقابة محكمة النقض ، لأن مسألته مسألة قانون ، وليست مجرد مسألة واقع [٢] .

٨٧ – مباشرة خيار العدول في التعاقد بالعربون :

رأينا ، فيما سبق . أن للعربون . وفقاً لما تقضي به المادة ١٠٣ / ١ . دلالة تتركز في أن دفعه . وقت إبرام العقد . ينهض قرينة قانونية على أن العاقدين قد قصدا من دفعه تخويل كل منهما خيار العدول . بيد أن هذه القرينة هي قرينة بسيطة يجوز دحضها بإثبات العكس .

وهكذا فالحال لايخرج عن أحد فرضين : فإما أن يقام الدليل على عكس القرينة القانونية ، وإما أن أحداً لايفلح في إقامته .

فإن كان الأمر الأول . تهدمت القرينة القانونية . واعتبر العربون

---

(١) انظر نقض ٢٣/٢/١٩٧٥ مجموعة النقض س ٢٦ ص ٤٥٧ قاعدة ٩٣ – نقض ٢٦/٢/١٩٧٠ السابقة الإشارة إليه . وأنظر أيضاً نقض ٢٢/٣/١٩٥٥ طعن٣٠٧/٢٢ق مجموعة النقض ص ٣٦٩ . وقد جاء في حكمها : « لمحكمة الموضوع أن تستظهر نيه المتعاقدين من ظروف الدعوى ووقائعها ومن نصوص العقد لتتبين ما إذا كان المبلغ المدفوع هو بعض الثمن انعقد به البيع باتاً . أو أنه عربون في بيع مصحوب بخيار العدول . اذ أن ذلك مما يدخل في سلطتها الموضوعية متى كان مقاماً على أسباب سائغة » . ويلاحظ أن ثمة عدم دقة في الصياغة قد لحق عبارة الحكم التي سردناها . إذ أن محكمة الموضوع لا تستظهر في حقيقة الأمر ما إذا كان العاقدان قد قصدا من دفع العربون خيار الرجوع . فهذا أمر يفترضه المشرع نفسه . وكل ما على محكمة الموضوع أن تستظهره هو ما إذا كان العاقدان قد قصدا مخالفة هذا الافتراض بإرادتهما أن يكون العربون عربون بتات . فإذا لم تستظهر هذا القصد ، تحتم عليها أن تقضي بكون العربون عربون رجوع ، من غير أن تبحث فيما إذا كانت نية العاقدين قد انصرفت إلى ذلك الأمر ، أم أنها لم تنصرف . فإن لم تفعل ، وقع حكمها في مخالفاً القانون ، وكان حريا به أن ينقض . فتلك مسألة من مسائل القانون ، وليست مجرد مسألة واقع . انظر في نفس معنى الحكم الذي سردنا عبارته وبنفس ألفاظه تقريباً : تمييز الكويت ٥/١٢/١٩٧٧ طعن رقم ٧٧/٤ تجاري . وانظر كذلك تمييز الكويت ١٩/١٢/٧٩ طعن رقم ٧٨/٧ تجاري .

(٢) راجع الهامش السابق .

عربون بتات . وماكان لأى من العاقدين عن العقد نكوص ، واستحال عليه أن يستقل بنقضه [١] . أما المبلغ المدفوع . فيخصم من قيمة مايستحق على دافعه . باعتباره مجرد معجل دفع تنفيذاً للعقد . فإذا كان المشترى . مثلا ، هو الذى دفعه ، خصم من الثمن المستحق عليه . وإذا كان المستأجر هو الذى دفعه . استقطع من الأجرة المطلوبة منه .

فإن كان الأمر الثانى . بأن لم يفلح أحد العاقدين فى إقامة الدليل على عكس القرينة التى أقامها القانون . بقيت هذه القرينة قائمة . وثبتت للعربون دلالته فى أنه يمنح خيار الرجوع لأى من العاقدين ، دون اعتداد بإرادة العاقد الآخر .

٨٨ — وقت مباشرة خيار العدول :

إذا كان من شأن العربون أن يمنح لأى من طرفيه خيار الرجوع أو العدول عن العقد . وجب أن نتعرف على الوقت الذى يباشر فيه هذا الخيار .

والحال . بالنسبة إلى وقت مباشرة خيار العدول . عند ثبوته . لايخرج عن أحد فرضين : فإما أن يكون ثمة ميعاد محدد لذلك ، أو لايكون .

فإن تحدد لمباشرة خيار العدول ميعاد معلوم ، بمقتضى الاتفاق أو العرف لم تكن ثمة صعوبة ، ووجب مباشرة رخصة العدول خلاله . وإلا تأكد قيام العقد . وصار إلى بتاته . فإن لم يحدد ميعاد لمباشرة خيار الرجوع عن العقد اتفاقاً أو عرفاً . بقى هذا الخيار قائماً للمتعاقد . وحق له أن يعدل عن العقد . إلى أن يصدر منه ماينم عن رغبته فى تأكيد قيامه . وبالتالى عن رغبته فى النزول عن خيار العدول عنه . وتلك الرغبة من المتعاقد قد تجئ منه

---

(١) وإذا اعتبر العقد هنا باتاً ونهائياً . سرى عليه من الأحكام ما يسرى على العقود الأخرى التى لا رجوع عنها ، حتى إذا ما قضى بفسخه ، نتيجة إخلال أحد طرفيه بالتزاماته ، وطالب المتعاقد الذى حصل الإخلال إضراراً به بالتعويض ، فإن هذا التعويض يقدر وفقاً للقواعد العامة ، أى على حسب جسامة الضرر ، ومن غير أن يكون للمبلغ الذى عجل كعربون أى دخل فى ذلك . راجع السنهورى ، الوسيط فى شرح القانون المدنى ج ١ نبذة ١١٣ .

صراحة . وقد تستخلص دلالة من ظروف الحال ، وعلى الأخص من قيامه بعد دفع العربون أو قبضه . على حسب الأحوال . بتنفيذ الالتزامات التى يولدها العقد فى ذمته .

وإذا كان قيام العاقد . بعد دفع العربون أو قبضه . بتنفيذ الالتزامات التى يفرضها العقد عليه ينهض دليلا على رغبته فى تأكيد قيام هذا العقد . ويعتبر بالتالى نزولا ضمنياً منه عن حقه فى العدول عنه . إذا كان ذلك . فإن قعود العاقد عن تنفيذ التزاماته فى الأجل المحدد لها مدة تتجاوز المألوف قد يدل على أنه أراد أن يباشر خياره فى الرجوع عن العقد . والمسألة من بعد مسألة واقع . يستظهر فيها قاضى الموضوع قصد العاقد مما يدخل فى سلطته التقديرية . فكما أن النزول من العاقد عن خيار العدول يمكن أن يستخلص دلالة من ظروف الحال . فإن مباشرة هذه الخيار بدورها يمكن أن يستدل عليها من تلك الظروف .

٨٩ — الأثر المترتب على مباشرة خيار العدول فى التعاقد بالعربون :

إذا ثبت خيار العدول فى التعاقد بالعربون . واستعمله المتعاقد بالفعل فى ميعاده . ترتب على ذلك أثر أساسى هام . يتمثل فى إزالة العقد واعتباره كأن لم يكن أصلا . فالعقد هنا لايزول بالنسبة للمستقبل فحسب . بل بالنسبة إلى الماضى أيضاً . وكأنه لم ير نور الحياة قط .

ولكن أثر مباشرة خيار العدول لاينتهى عند إزالة العقد . على جليل خطرها . وإنما له أثر آخر هام . ويتعلق هذا الأثر الآخر بمقابل استعمال الخيار ذاته . فالمتعاقد بالعربون . وإن كان القانون يمنحه خيار الرجوع عن العقد . إلا أنه لايمنحه إياه بالمجان . وإنما بمقابل يحمله به . ويتحدد هذا المقابل بمبلغ العربون المدفوع ذاته . فإن كان الذى عدل عن العقد هو من دفع العربون . ضاع عليه العربون . وأصبح بذلك حقاً خالصاً لمن قبضه . أما إذا كان العادل هو من قبض العربون . التزم بأن يدفع للمتعاقد الآخر مبلغاً يساويه ، فضلا عن التزامه برده . اعتباراً بأنه أصبح ولاحق له فيه .

وهذا كله بغض النظر تماماً عما إذا كان العدول من العاقد قد رتب لغريمه الضرر أم لم يرتب . وفى ذلك جاءت المادة ١٠٣ / ٢ تقضى بأنه : « فإذا عدل من دفع العربون ، فقده . وإذا عدل من قبضه ، رد ضعفه . هذا ولو لم يترتب على العدول ضرر » .

ونكرر أن العربون يستحق على اعتبار أنه المقابل المتفق عليه لاستعمال خيار العدول ، أو هو الثمن المحدد لمباشرة هذا الخيار . وعلى ذلك فالمتعاقد الذى يعدل عن العقد يلتزم بدفع العربون كاملا للطرف الآخر . حتى لو كان الضرر الذى سببه العدول لهذا الطرف الآخر يقل عن قيمة العربون ، بل حتى لو لم يسبب له أدنى ضرر ، بل حتى لو استتبع له العدول النفع ، كما إذا أعاد الصفقة لشخص آخر بثمن أكبر .

وإذا كان يحق لمن حصل العدول عن العقد إضراراً به أن يأخذ كل مبلغ العربون المتفق عليه ، حتى لو لم يبلغ الضرر الناجم له مداه ، أو حتى لو انتفى هذا الضرر بالكلية ، بل حتى لو كان قد استفاد من عدول غريمه عن الصفقة ، فهو لا يستحق أن يطالب بأكثر منه ، ولو ثبت أن الضرر الذى ناله من العدول يتجاوزه . فالمسألة هنا ليست مسألة تعويض للمتعاقد عن الضرر الذى يناله من جراء عدول غريمه عن الصفقة ؛ وإنما هى رخصة تستعمل ، ولكن فى مقابل مبلغ متفق عليه لاستعمالها ؛ ومحدد بقيمة العربون لا أقل منه ولا أكثر [١] . ففكرة التعويض هنا غير واردة أصلا . إذ أن التعويض ، فى مجال العقود ، لا يكون إلا عند الإخلال بالالتزام الناشئ عنها . والمتعاقد بالعربون الذى يعدل عن العقد ، لا يخل بعدوله هذا بالتزام ما ، بل على النقيض من ذلك هو يستعمل حقاً ثابتاً له يقرره العقد ذاته . ومن يستعمل حقاً لا يخطئ ولا يخل . فالجواز الشرعى ينافى الضمان ، كما تقول القاعدة الأصولية فى الفقه الإسلامى . من أجل ذلك حرص المشرع ، فى المادة ١٠٣ / ٢ على أن يصرح بأن العربون يستحق للطرف الذى حصل العدول عن العقد إضراراً به ، « ولو لم يترتب عن العدول ضرر » .

---

(١) راجع فى ذلك : السنهورى ، المرجع السابق نبذة ١١٣ .

وإذا كان العربون يستحق لمن حصل العدول عن العقد إضراراً به كمجرد مقابل لاستعمال غريمه خيار العدول. ودون اعتبار بعد ذلك لما إذا كان العدول قد رتب له ضرراً أم لم يرتب. ولا لمدى هذا الضرر إذا كان قد وقع؛ إذا كان ذلك، فإن العربون يختلف اختلافاً جذرياً عن الشرط الجزائى. الذى هو تقدير اتفاقى للتعويض عن الضرر الناجم نتيجة الإخلال بالالتزام. الأمر الذى يجعل قيمته قابلة للإنقاص حتى تتناسب مع مدى الضرر [١].

٩٠ — أثر استحالة تنفيذ الالتزامات الناشئة عن التعاقد بالعربون :

بينا، فيما سبق، الأثر المترتب على التعاقد بالعربون. وهو يتركز فى أن دفع العربون، عند إبرام العقد، ينهض قرينة على أن العاقدين ارتضيا أن يكون لكل منهما خيار العدول عنه، مالم يثبت العكس. فإذا ثبت ذلك الخيار. وباشره بالفعل، فى ميعاده. من دفع العربون. فقده. فإن باشره من قبض العربون، التزم برده وبدفع مثله.

وقد يحصل، فى بعض الأحيان. أن نكون بصدد عربون العدول. وفى الفترة المحددة لمباشرة الخيار. وقبل استعماله. ثم يهلك محل الالتزام المترتب على أحد العاقدين. كما إذا تعلق الأمر، مثلا. ببيع منزل أو بقرة بالعربون. وتهدم المنزل أو نفقت البقرة؛ حالة كون الميعاد المحدد لمباشرة خيار العدول باقياً لم ينقض. ومن غير أن يباشر هذا الخيار. فماذا عساه أن يكون الحكم فى مثل هذه الحالة؟

لم يعرض قانوننا المدنى لحكم الحالة التى نحن بصددها [٢]. ولكن هذا

---

(١) راجع فى الشرط الجزائى وأحكامه المواد ٢٢٣ إلى ٢٢٥ مدنى.

(٢) كان المشروع التمهيدى يتضمن نصاً يحكم هذه الحالة، وهو نص المادة ٢/١٥٣ منه، الذى جاء يقضى بأنه: «٢ — ويتعين كذلك رد العربون إذا استحال تنفيذ العقد لظروف لا يكون أحد المتعاقدين مسئولا عنها، أو إذا فسخ العقد بخطأ من المتعاقدين أو باتفاق بينهما». وحذف هذا النص فى لجنة المراجعة لإمكان الاستغناء عنه (راجع مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٨٠ و ٨١).

الحكم ليس بالأمر العسير . فمن شأن القواعد القانونية العامة أن تقودنا إليه فى يسر وفى غير عناء .

فنى مثل الحالة التى نحن بصددها ، يتعين التفرقة بين ماإذا كانت استحالة تنفيذ الالتزامات راجعة إلى فعل يعزى إلى المتعاقد الذى له خيار الرجوع ، كما إذا قام هذا بذبح البقرة المبيعة أو هدم المنزل ، فاستحال عليه بذلك ، ونتيجة فعله ، الوفاء بالتزامه . وبين ما إذا كانت تلك الاستحالة ناشئة بسبب أجنبى لايد للمتعاقد فيه ، كما إذا نفقت البقرة قضاء وقدراً ، أو تهدم المنزل بزلزال .

فإن كان الأمر الأول ، أى كانت استحالة التنفيذ راجعة إلى فعل يعزى إلى المتعاقد صاحب خيار الرجوع ، اعتبرت تلك الاستحالة فى حكم العدول عن العقد ، فلا يكون للمتعاقد الآخر أكثر من قيمة العربون المتفق عليه . فلا يكون له حق فى التعويض عما عساه أن يدعيه من ضرر ناجم له بسبب هلاك الشئ . ذلك لأنه كان على هذا المتعاقد الآخر أن يتوقع من غريمه أن يرجع عن العقد ، إعمالا لخيار العدول الثابت له . فكأن ثمة ضرراً لم ينله . ثم إنه يمكن القول بأن قيام المتعاقد بإهلاك الشئ ، إذا كان هو الذى أهلكه بنفسه ، يعتبر منه مباشرة ضمنية لخياره فى العدول . على أن الحكم الذى وصلنا إليه هنا لايسرى بطبيعة الحال ، إلا إذا وقعت استحالة تنفيذ الالتزام فى الفترة التى يكون فيها خيار الرجوع قائماً لم يزل . فإن زال خيار الرجوع ، وصار العقد بالتالى إلى بتاته ، ثم وقعت استحالة تنفيذ الالتزام بخطأ المتعاقد ، أثقلته المسئولية وفقاً للقواعد القانونية العامة .

أما إذا كان الأمر الثانى ، أى كانت استحالة تنفيذ الالتزام المترتب عن العقد راجعة لسبب أجنبى عن المتعاقد لايد له فيه ، فإن الحكم يكون واضحاً لاصعوبة فيه . إذ أن العقد هنا ينفسخ بقوة القانون ، إعمالا للقاعدة العامة التى تضمنتها المادة ١٥٩ مدنى ، الأمر الذى يؤدى إلى وجوب إرجاع العاقدين إلى الحالة التى كانا عليها عند إبرام العقد ، فيلتزم من ثم المتعاقد الذى قبض العربون برده إلى دافعه .

ويأخذ حكم انفساخ العقد . بالنسبة إلى وجوب رد العربون ممن قبضه . التفاسخ أو التقايل الذى يتفق عليه المتعاقدان . فمن شأن التفاسخ أو التقايل أو الإقالة إلغاء العقد بأثر رجعي واعتباره كأن لم يكن . الأمر الذى يستلزم إعادة المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليها قبل إبرام العقد .

٩١ – التعاقد بالعربون فى الفقه الإسلامى :

عرف الفقه الإسلامى بدوره التعاقد بالعربون . ولجأ إلى تنظيمه على نحو سائغ ومقبول . وإن اختلفت أحكامه باختلاف مذاهبه . وإذا كان الاتجاه السائد . فى الفقه الإسلامى . هو صحة التعاقد بالعربون فى ذاته . إلا أن الخلاف قد ثار . تحت ظله . حول أثر الاتفاق على ضياع العربون على دافعه إذا ما باشر خيار الرجوع فى العقد . فالمالكية وإن أجازوا التعاقد بالعربون . إذا كان من شأنه أن يعطى للعاقد خيار الرجوع . إلا أنهم لايقرون الاتفاق على أنه يفقد العربون . إذا ماباشر خياره هذا . وإلا وقع العقد فاسداً . وسند هذا الرأى عند أصحابه أن النبى . عليه صلوات الله وسلامه . قد نهى عن بيع العربان . اعتباراً بأنه غرر وأكل المال بالباطل . أما الحنابلة . فهم يجيزون التعاقد بالعربون . حتى فى الحالة التى يتفق فيها على ضياع العربون على صاحبه عند تكوله عن الصفقة . وهم يدافعون عن رأيهم بمقولة إن الحديث المروى فى النهى عن بيع العربون هو حديث ضعيف فى نسبته إلى الرسول .

٩٢ – التعاقد بالمزايدة :

الغالب فى واقع حياة الناس أن يتم التعاقد بالممارسة . ولكن يحصل مع ذلك ، فى أحوال كثيرة ، وعلى الأخص فى البيع والإيجار . أن يتم التعاقد عن طريق المزايدة ، سواء أحتمها القانون . كما هو الشأن فى بيع أو إيجار الأموال الخاصة للدولة أو لغيرها من الأشخاص الاعتبارية العامة ، وفى بيع أموال المدين على إثر التنفيذ الجبرى عليها نتيجة عدم وفائه بديونه ، أم التجأ إليها المتعاقدان طوعاً منهما واختياراً . كما إذا نظم شخص مزاداً

يجريه بنفسه أو بوساطة آخر ينوب عنه في إجرائه لبيع منقولاته أو عقاراته أو تأجيرها .

وإذا تم التعاقد بطريق المزايدة ، توجب بيان حكمه . ويتركز بيان حكم هذا النوع من التعاقد في تحديد ما يعتبر إيجاباً . وفي مدى التزام الموجب بالإبقاء على إيجابه ؛ وأخيراً في تحديد الوقت الذي ينعقد فيه العقد .

وقد جاءت المادة ٩٩ تنظم البيع بالمزايدة . وهي في ذلك تقول : « لا يتم العقد في المزايدات إلا برسو المزاد . ويسقط العطاء بعطاء يزيد عليه ولو كان باطلا » .

ومؤدى هذا النص أن الإعداد للمزاد وافتتاحه لا يعتبران إيجاباً . فهما لا يعدوان أن يكونا مجرد دعوة إلى التعاقد . فإن لبيت تلك الدعوة . بأن تقدم شخص إلى المزاد وأدلى بعطائه فيه . كان عطاؤه هذا هو الإيجاب (١) و(٢) .

وهكذا نجد أن قانوننا المصري ، بين النزعتين اللتين قامتا في الفكر القانوني بصدد هذا النوع من التعاقد . ينحو منحى النزعة التي ترى الإيجاب في العطاء الذي يتقدم به المتزايد . تاركاً النزعة الأخرى التي ترى الإيجاب متمثلا في الاعداد للمزاد وفتحه . اعتباراً منه أنهما لا يعدوان أن يكونا من قبيل الدعوة إلى التعاقد .

---

(١) وقد جاء في المذكرة الإيضاحية عن المادة ١٤٤ من المشروع التمهيدي . التي أصبحت بعد شيء من التعديل في الصياغة ، المادة ٩٩ من القانون ، ما يأتي : ينطبق هذا النص على جميع عقود المزايدات ، وبوجه خاص على البيوع والإيجارات التي تجرى بطريق المزايدة . وهو يحسم خلافاً طال عهد الفقه به . فافتتاح المزايدة على الثمن ليس في منطق النص إلا دعوة للتقدم بالعطاءات . والتقدم بالعطاء هو الإيجاب . أما القبول ، فلا يتم إلا برسو المزاد . وقد أعرض المشروع عن المذهب الذي يرى في افتتاح المزايدة على الثمن إيجاباً وفي التقدم بالعطاء قبولا » .

(٢) انظر : نقض مدني ٩ يناير ١٩٦٤ طعن ٢٨/١١٢ ق مجموعة أحكام النقض ص ٦٨ قاعدة ١٣ . وقد جاء في هذا الحكم أن افتتاح المزايدة ، ولو على أساس سعر معين ، لا يعتبر إيجاباً . فالإيجاب يكون من جانب المتزايد بالتقدم بالعطاء ، ولا يتم القبول إلا برسو المزاد .

ويعتبر التقدم بالعطاء إيجاباً ، ولو كان مصحوباً بتأمين تقدم به صاحبه وأخذه منه مجرى المزاد ، لأن التأمين يعتبر شرطاً للتقدم بالعطاء ، ولايعتبر أخذه قبولا إياه ينعقد به العقد[١] . كما أن العطاء يعتبر مجرد إيجاب، ولو كان هو الأكبر ، ولو أدى إلى سقوط غيره من العطاءات الأخرى الأقل منه[٢] .

وعطاء المزايد — وإن اعتبر إيجاباً — إلا أن صاحبه يبقى ملتزماً به إلى حين تقدم مزايد آخر بعطاء أفضل ، أو إلى أن يقفل المزاد ، دون أن يرسى على أحد ، إذا كان عطاؤه هو الأفضل ، وذلك مالم يظهر من ظروف الحال أن المتزايد أراد ألا يبقى مقيداً بعطائه . أو أن المتعاقدين اتفقا على عدم سقوط الإيجاب بإقفال المزاد [٣] . وهذا الحكم يتمشى مع قصد المتعاقدين . فمن يتقدم بعطائه دون تحفظ يريد بذلك بالضرورة أن يبقى عطاؤه قائماً ، ويظل ملتزماً به إلى أن يتقدم متزايد آخر بعطاء يفوقه. أو إلى أن يرسى المزاد عليه إذا كان عطاؤه هو أفضل عطاء . فهذا الحكم لايعدو أن يكون تطبيقاً للأصل العام الذى قررته المادة ٩٣ ، والذى مؤداه أن يقع الإيجاب ملزماً ، إذا اقترن

---

(١) انظر حكم محكمة النقض المشار إليه فى الهامش السابق . وقد جاء فيه أن دفع التأمين شرط لازم للدخول فى المزايدة، وقبول الوزارة (الهيئة التى أجرى المزاد لصالحها) هذا التأمين لا يمنعها من أن تستعمل حقها فى رفض العطا المقدم من دافعه ، ولو كان هو العطاء الأخير .

(٢) انظر نقض ١٢ يونيه ١٩٦٩ ، طعن ٣٤/٥٦٩ق مجموعة أحكام النقض س ٢٠ ص ٩٥٧ قاعدة ١٥٢ . وقد جاء فى هذا الحكم أنه وإن كان تقديم عطاء يزيد على العطاءات السابقة عليه يترتب عليه طبقاً للمادة ٩٩ من القانون المدنى سقوط العطاء الأقل ، إلا أنه لا يترتب عليه انعقاد العقد بين مقدم العطاء الأعلى وبين الداعى للمزايدة ، لأن التقدم بالعطاء ، ولو كان يزيد على غيره من العطاءات ، ليس إلا إيجاباً من صاحب هذا العطاء ، فلابد لانعقاد العقد من أن يصادفه قبول بإرساء المزاد عليه ممن يملكه .

(٣) أنظر نقض ١٢ يونيه ١٩٦٩ السابقة الإشارة إليه . وقد جاء فى هذا الحكم أنه « إذا كان المطعون ضده (الداعى للمزاد) قد أثبت فى محضر جلسة المزايدة الأخيرة أنه قد قرر إخطار المزايدين بقراره خلال ثلاثة أيام . . . ووقع الطاعن (صاحب العطاء الأخير) على هذا المحضر بعد هذه العبارة ، فإنه يكون بذلك قد قبل مد الأجل المحدد أصلا (للداعى للمزاد) فى قائمة شروط المزايدة لاستعمال حقه فى القبول أو الرفض ... » .

بميعاد للقبول . فإن كان من الممكن لهذا الميعاد أن يجئ صريحاً ، فإنه قد يستخلص دلالة من الظروف .

وبمجرد أن يتقدم شخص بعطاء يزيد على عطاء سابق ، يسقط هذا العطاء السابق ، حتى لو وقع العطاء الجديد باطلا [١] ، أو تقرر رفضه أو إلغاؤه أو الرجوع فيه أو أقفل المزاد دون أن يرسو على أحد [٢] . وذلك مالم يتضح من الظروف أن النية قد انصرفت إلى غير ذلك . والسبب فى ذلك أنه يفترض فى صاحب العطاء الأول أنه يريد ، أن يبقى عطاؤه هذا قائماً إلى حين التقدم من آخر بعطاء أفضل ، دون ما نظر إلى قيمة هذا العطاء الأخير فى ذاته أو إلى مصيره . فإن حصل هذا العطاء الأفضل ، انتهى الميعاد الذى حدد لبقاء الأصغر قائماً ، من غير أن يكون قد لحقه القبول ، فيزول . على أن هذا الحكم لايعدو أن يكون مجرد إعمال لإرادة المتزايد ، أخذاً بالغالب . فإن اتضح أن المتزايد ارتضى غيره ، عمل برضائه . لأن مرد الأمر إليه [٣] .

وإذا كان العطاء الذى تقدم به المتزايد هو الأفضل ، بمعنى أنه لم يتقدم آخر بعطاء يفوقه ، بقى العطاء الوحيد الذى يتضمن إيجاباً قائماً ينتظر القبول

---

(١) ومثال العطاء الباطل ذاك الذى يتقدم به قاض أو محام بشأن شراء حق متنازع فيه ، إذا كان الاختصاص بنظر هو النزاع يدخل فى ولاية المحكمة التى يعمل فى دائرتها (المادة ٤٧١ مدنى) . ومثال العطاء الباطل أيضاً ذاك الذى يتقدم به مجنون .

(٢) وقد جاء فى مذكرة المشروع التمهيدى : « ويراعى أن العطاء الذى تلحق به صفة القبول وفقاً لحكم النص ، يسقط بعطاء يزيد عليه حتى لو كان هذا العطاء باطلا ، أو قابلا للإبطال ، بل ولو رفض فيما بعد . ويسقط كذلك إذا أقفل المزاد دون أن يرسو على أحد . وليس فى ذلك إلا تطبيق للقواعد العامة . فما دام التقدم بالعطاء هو الإيجاب ، فهو يسقط إذا لم يصادفه القبول قبل انقضاء الميعاد المحدد . أما الميعاد فى هذا الفرض ، فيحدد اقتضاء من دلالة ظروف الحال ، ومن نية المتعاقدين الضمنية ، وهو ينقضى بلا شك عند التقدم بعطاء أكبر ، أو إقفال المزاد دون أن يرسو على أحد (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٦٥) .

(٣) وهذا ما يحدث بالفعل فى المزايدات أو المناقصات داخل مظروفات . فالمتزايد أو المتناقص هنا لا يعلم بالعطاءات المقدمة من غيره ، إلا بعد البت النهائى فى الأمر . ومن ثم يستعصى القول بأنه أراد أن يقيد بقاء إيجابه إلى حين تقديم عطاء آخر أكبر أو أقل . ويكون التفسير المنطقى هو أنه أراد أن يبقى إيجابه قائماً حتى إرساء المزايدة أو المناقصة . ومن ثم فيجوز أن يقع القبول على أى عطاء ، دون أن يكون لصاحبه أن يحتج بوجود ما يزيد عليه أو ينقص عنه .

ولا يتم القبول هنا بمجرد إقفال باب المزاد، بل بتقرير إرسائه على صاحب العطاء (المادة ٩٩) .

فمن الجائز أن يرفض العطاء الأخير . وهنا يقفل المزاد ، دون أن يكون قد أرسى على أحد ، فلا ينعقد العقد ، اعتباراً بأن الإيجاب لم يلحقه قبول . كما أن العطاء الأخير يعتبر مرفوضاً أيضاً ويسقط ، إذا أقفلت المزايدة دون أن ترسى على صاحبه .

والأصل أن للداعي للمزاد أن يرفض العطاء ، ولو كان هو الأفضل أو الأخير . دون أن يكون من شأن ذلك أن يحمله بالمسئولية . ذلك لأنه موجب له . وللموجب له خيار قبول الإيجاب أو رفضه ، دون أن يكون عليه معقب . بيد أنه إذا اتضح هنا من الظروف أن من أجرى المزاد لصالحه قد أخطأ ، بعدم ارسائه على صاحب أكبر عطاء بدون عذر مقبول ، بعد أن دعا إليه ، قامت مسئوليته على أساس العمل غير المشروع . والتزم بالتعويض . وقد يرى القاضي أن خير ما يفعله هو تقرير التعويض العيني ، فيحكم باعتبار الصفقة قائمة مع من تقدم بالعطاء الأكبر .

وإذا تضمنت قائمة المزاد شرطاً يعطي منظمه الحق في رفض العطاء ، وقع هذا الشرط صحيحاً ، على أن يكون المتزايد قد علم به ، أو في الأقل كان في مكنته أن يعلم به . وتؤدي صحة هذا الشرط إلى انتفاء الخطأ عن الداعي للمزاد ، إذا رفض أي عطاء ، حتى لو كان هو الأكبر [١] . وهذا مايفسر لنا

(١) انظر نقض ١٢ يونيه ١٩٦٩ السابقة الإشارة إليه . وقد جاء في هذا الحكم أنه متى كان المتزايد « قد قبل دخول المزايدة على أساس قائمة شروط المزايدة التي تحوي النص على تخويل المطعون ضده (الداعي للمزاد) الحق في قبول أو رفض أي عرض دون إبداء الأسباب ، ووقع عليها بما يفيد علمه بما تضمنته ، فإن يكون قد ارتضاه ؛ ويكون للمطعون ضده (للداعي للمزاد) إعمالا لهذا الشرط مطلق الحرية في رفض أي عطاء ولو كان هو العطاء الأخير دون أن يطلب منه إبداء سبب مشروع لهذا الرفض ... ، ومن ثم فلا وجه لما يسنده الطاعن (المتزايد) إلى المطعون ضده (الداعي للمزاد) من تعسف قوامه أنه لم يبد سبباً مشروعاً يبرر رفض عطائه وما يؤسسه على ذلك من أحقيته في التعويض » .

ما جرى عليه العمل من ذيوع تضمن قوائم المزايدات شرطاً يقضى بأن لمن يجرى المزاد لصالحه قبول أو رفض أي لعطاء ، بدون إبداء الأسباب .

ويلاحظ أنه إذا كان من مقتضى شروط المزاد وجوب المصادقة على إرسائه من شخص محدد أو من هيئة معينة ، كما هى الحال فى بيع وإيجار أموال الدولة ، فإن المزاد لايعتبر أنه قد أرسى إلا إذا حصل ذلك التصديق . على أنه إذا حصل التصديق على إرساء المزاد عند لزومه ، اعتبر العقد منعقداً من تاريخ رسو المزاد ، وبمعنى أدق من تاريخ علم المتزايد بإرساء المزاد عليه (١) .

وإذا تم إرساء المزاد ، قام العقد فى اللحظة التى يتصل فيها هذا الإرساء بعلم من أرسى عليه . وهنا لايكون أمام هذا الأخير ، ولا أمام من أجرى المزاد لصالحه ، إلى النكوص عن العقد سبيل ، مالم يتفق على غير ذلك أو يقض القانون بخلافه . أما قبل أن يتصل إرساء المزاد بعلم صاحب العطاء ، فيكون لمن أجرى المزاد لصالحه أن يرفض عطاء المتزايد . أما المتزايد نفسه فلايسوغ له النكوص ، إذ أنه بتقديمه عطائه هنا ، يعتبر أنه تقدم بإيجاب

(١) قارن نقض ١٩٦٨/١٠/٢٩ طعن ٣٤/٤٤٧ق مجموعة النقض س ١٩ ص ١٢٨٧ قاعدة ١٩٤ . وقد جاء فى هذا الحكم أنه : « مفاد نصوص المواد ٨ و ١٧ و ١٨ من لائحة شروط بيع أملاك الميرى الحرة (بيع أموال الدولة الخاصة) الصادرة فى ٣١ أغسطس ١٩٠٢ أن بيع أملاك الحكومة الخاصة المطروحة فى المزايدة لا يتم ركن القبول فيها إلا بالتصديق على البيع من وزارة المالية ، ولا يعتبر رسو المزاد وإيداع مبلغ التأمين إلا إيجاباً صادراً من الراسى عليه المزاد » . وهذا الحكم من محكمتنا العليا سديد تماماً فى خصوص قوله إن القبول فى المزاد الذى يلزم فيه التصديق من هيئة عليا على رسوه لا يتم إلا بحصوله ، ولكنه جانب الصواب فى قوله إن رسو المزاد لا يعتبر فى مثل هذه الحالة إلا إيجاباً . فرسو المزاد هنا أيضاً يعتبر قبولا . كل ما فى الأمر أن القبول يعتبر معلقاً على شرط واقف هو حصول التصديق ممن يملكه ، ومن ثم لا يعتبر تاماً إلا بحصوله ، إن قدر له أن يكون . وهذا الذى ذهبنا إليه هو الذى يتفق مع مقتضى المادة ١٨ من اللائحة المشار إليها نفسها ، حيث إنها جاءت تقول : « كل بيع يلزم أن يتصدق عليه من نظارة (وزارة المالية .....) . وليس للاختلاف فى التأصيل هنا أهمية عملية بالنسبة إلى انعقاد العقد ذاته ، فهو لا يقوم فى الحالتين كلتيهما إلا بحصول التصديق . ولكن تلك الأهمية تظهر فى تحديد تاريخ انعقاد العقد . فهذا التاريخ يرجع ، وفق قضاء المحكمة ، إلى وقت حصول التصديق ، فى حين أنه يرتد ، فى الرأى الذى ذهبنا إليه ، إلى وقت رسو المزاد .

مقترن بميعاد محدد للقبول، هو ذاك الذى يتطلبه إرساء المزاد والإخطار به. والإيجاب المقترن بميعاد للقبول هو إيجاب ملزم كما قلنا مراراً.

ويلاحظ فى النهاية، أن التعاقد يتم فى بعض الأحيان عن طريق المناقصة. كما يحصل غالباً فى الاتفاق مع المهندسين أو المقاولين بشـأن إقامة المبانى وغيرها من المنشآت الحكومية. والمناقصة ما هى إلا مزايدة فى تخفيض المقابل الذى يستحقه المتعاقد نظير العمل الذى يلتزم به. ولذلك يسرى عليها ما يسرى على المزايدة، بمعناها الضيق، من أحكام[1].

٩٣ — المزايدة أو المناقصة داخل مظروفات :

الأصل فى المزايدة أن تحصل علناً، فيعرف كل من يشترك فيها بالعطاء الذى يتقدم به غيره. وهذا ليس هو الحاصل فى كل الأحوال. فكثيراً ما تقع المزايدة أو المناقصة من غير أن يعلم من يشترك فيها بعطاءات غيره. وهذه هى المزايدات أو المناقصات داخل مظروفات، التى يغلب أن تلجأ إليها الدولة وغيرها من الأشخاص العامة الأخرى فى مشروعاتها الكبرى.

والمزايدة أو المناقصة داخل مظروفات هى بالأساس مزايدة. ومن ثم تسرى عليها فى الأصل أحكام المزايدة التى بيناها فيما سبق. ويستثنى من هذه الأحكام ماتقتضيه سرية العطاءات المتمثلة فى عدم علم المتزايد أو المتناقص بعطاء غيره. ومؤدى ذلك اعتبار المتزايد أنه لم يعلق بقاء عطائه على عطاءات الآخرين، وإنما هو يفترض فيه أنه بتقديمه عطائه داخل مظروف، أراد أن يبقى عطاؤه هذا قائماً إلى أن تفض المظروفات ويتقرر إرساء المزاد أو المناقصة؛ ومن غير أن يتأثر عطاؤه هذا بما عساه أن يكون غيره قد تقدم به من عطاءات أخرى. وهكذا يكون للداعى للمزاد أو للمناقصة أن يتخير

---

(١) انظر حكم استئناف الكويت ١٠ يناير ١٩٧٠، مجلة القضاء والقانون س ١ ع٣ ص٤. وقد جاء فى هذا الحكم أن: «المناقص يلتزم بعطائه وقت تصديره (الصحيح وقت اتصاله بعلم صاحب المشروع)، ويعتبر تقدمه به إيجاباً ملزماً له. إلا أنه من ناحية أخرى لا يعتبر متعاقداً ولا يترتب له أى حق قبل الدولة (صاحبة المشروع)، إلا من تاريخ التصديق على العقد».

من العطاءات المقدمة ما يراه له أصلح ، دون أن يتقيد بقيمة أى منها ، وذلك كله مالم يتفق على غيره ، أو يقض القانون بخلافه .

٩٤ — التعاقد بالمزايدة فى الفقه الإسلامى :

التعاقد عن طريق المزايدة ، فى الفقه الإسلامى ، جائز قانوناً ، ولاغبار عليه ديناً ، وعلى الأخص بالنسبة إلى البيع ، حيث يسمى « بيع المزايدة » أو « بيع من يزيد [١] » ، وذلك مالم تكن المزايدة صورية قد قصد بها التواطؤ على رفع الثمن [٢] .

ويتفق حكم بيع المزايدة فى الفقه الإسلامى مع حكمه فى القانون المدنى المصرى فى أن فتح المزايدة يعتبر دعوة إلى التعاقد ، وإن تقدم المتزايد بعطائه هو الذى يعتبر إيجاباً ، وأن التعاقد لايتم إلا بإرساء المزايدة من صاحبها ، الذى تكون له الحرية فى إجرائه وبالتالى إتمام العقد ، أو الامتناع عنه ، حيث

---

(١) ويجب عدم الخلط ، فى الفقه الإسلامى بين بيع المزايدة ، وبين ما يسمى « بيع المستام » . فالأول يقوم على عرض السلعة للبيع عن طريق المزايدة فى ثمنها ، بحيث إن البائع لا يقبل البيع إلا من يتقدم بالعطاء الأكبر . وهذا النوع من البيع جائز فى الفقه الإسلامى قانوناً وديناً . بل إن بعض الفقهاء نظروا إليه نظرة استحسان ، اعتباراً بأنه « بيع الفقراء والحاجة ماسة إليه (الزيلعى ج ٤ ص ٦٧) » . أما بيع المستام ، فيقصد به فقهاء المسلمين الحالة التى يبيع الشخص بالفعل سلعة لآخر ، ثم يتقدم ، بعد حصول البيع ، رجل يعرض على البائع أن يشترى هو ، دون المشترى الأول ، السلعة بإغرائه بثمن أكبر ، أو يتقدم فى الصورة العكسية ، رجل يعرض على المشترى أن يبيعه هو ، دون البائع الأول ، نفس السلعة بثمن أقل ، أو بنفس الثمن سلعة أحسن . وبيع المستام يقع صحيحاً قانوناً . ولكنه مكروه ديناً ، إعمالا لقوله ، صلوات الله عليه : « لا يستام الرجل على سوم أخيه ، ولا يخطب على خطبة أخيه » وقوله أيضاً : « لا يبيع الرجل على بيع أخيه » .

(٢) وهذا ما يطلق عليه ، فى الفقه الإسلامى ، النجش (بفتح النون والجيم) . والنجش مكروه ، إذا قصد به تضليل المشترى ودفعه إلى الشراء بأكبر من ثمن المثل . ولكنه غير مكروه إذا قصد به رفع ثمن السلعة إلى ثمن المثل . أما عن أثر النجش فى بيع المزايدة ، فقد اختلفت بصدده المذاهب الإسلامية . فأهل الظاهر يقولون إن النجش يجعل المزايدة فاسدة . أما المالكية فتجعل للنجش حكم العيب ، فيكون المشترى بالخيار إن شاء رد السلعة على صاحبها ، وإن شاء أمسكها . أما الحنفية والشافعية ، فلا يجعلون للنجش أثراً قانونياً على البيع ، الذى يظل صحيحاً برغم النجش ، الذى يبقى اثما دينياً على الناجش والبائع .

يعتبر إيجاب المتزايد مرفوضاً بفض مجلس المزايدة ، أو مايسمونه « مجلس المناداة » . كما يتفق الفقه الإسلامى مع قانوننا المدنى المصرى بالنسبة إلى وقوع العطاء ملزماً لصاحبه ، بحيث يمتنع عليه الرجوع عنه فترة من الزمن ، خلافاً للأصل العام فى الفقه الإسلامى الذى يمنح الموجب ، بمقتضى خيار الرجوع أن يعدل عن إيجابه ، طالما أنه لم يلحقه قبول . كل ما هنالك أن فقهاء المسلمين قد اختلفوا فى مدى بقاء العطاء ملزماً لصاحبه . فرأى البعض أن العطاء لا يبقى قائماً إلا لحين التقدم بعطاء أزيد (وهو نفس الحكم الذى يقول به قانوننا المدنى المصرى) . فى حين أن البعض الآخر رأى أن العطاء الأكبر لايسقط العطاء الأصغر ، بل يظلان قائمين جنباً إلى جنب ، بحيث يكون لرب المزايدة أن يتخير من بينهما ما يريد[١] . على أن الفقه الإسلامى شأنه فى ذلك شأن القانون المعاصر تماماً ، يجعل للإرادة المشتركة للعاقدين ، وفق ما تبين من ظروف الحال ومن عادة الجهة ، القول الفصل فى هذا المجال .

٩٥ — التعاقد بالإذعان أو عقد الإذعان :

الأصل فى التعاقد أنه يتسم ، فى إجرائه ، بحرية النقاش والمساومة ، حيث تترك لكل من طرفيه الفرصة فى أن يجعل الآخر يرتضى أفضل الشروط بالنسبة إليه .

وهناك ضرب من العقود يشذ عن هذه القاعدة . فلا تكون هناك مساومة أو نقاش فى شروطها . وإنما يضع أحد الطرفين هذه الشروط سلفاً ، ويعرضها على جمهور الناس ولا يكون أمام من يريد إبرام الصفقة إلا أن يقبلها جملة أو يرفضها جملة ، بحيث إن قبوله إياها يكون أقرب إلى التسليم والرضوخ والإذعان منه إلى المشيئة الحقة والرضاء الخالص . من هنا أتت تسمية هذه العقود بعقود الإذعان[٢] .

---

(١) انظر فى ذلك الحطاب ، ج ٤ ص ٢٣٧ .

(٢) ويرجع اصطلاح « عقد الإذعان » فى أصل نشأته إلى الأستاذ الكبير السنهورى (راجع مؤلفه : الوسيط ج ١ طبعة ٢ ص ٢٤٥ هامش ١) . وهو يقابل الاصطلاح الفرنسى contrat d'adhesion أى عقد الانضمام أو عقد التسليم ، اعتباراً بأن أحد طرفى العقد ينضم إلى إرادة الطرف الآخر ، أو يسلم بإرادته . والاصطلاح العربى جاء موفقاً . لأنه يفيد أن قبول أحد الطرفين لا يأتى عن مشيئة كاملة ، وإنما نتيجة الرضوخ والإذعان لإرادة الطرف الآخر .

وعقود الإذعان [١] نتاج لنمط الحياة التي يعيشها عصرنا . إن لم يكن في أصل وجودها . ففي هذا الوجود ذاته . ثم في كثرتها وشيوعها . فهي . في مجموعها ، ظاهرة جديدة اقتضتها المدنية الحديثة . فالأقدمون لم يعرفوها ، ولم تتناولها شرائعهم ، وإن عرفوا أصل وجودها المتمثل في الاحتكار ، وعادوه وحاربوه [٢] . وقد بلغت عقود الإذعان من الحداثة أن الاصطلاح الذي تعرف به ، سواء في فرنسا أو في مصر أو في غيرها من بلادنا العربية الأخرى ، لم يشتق وجوده إلا في السنين الأولى من القرن الذي نعيش فيه .

وقد نشأت عقود الإذعان . في الفكر القانوني المعاصر ، نتيجة الوضع الاقتصادي المتمثل في قيام قوى هائلة . باتت تتحكم في أرزاق الناس . أو في ما تقتضيه حياتهم من سلع ضرورية أو من حاجات أو خدمات لازمة. وقد توصلت إلى هذا التحكم في الأرزاق أو ضروريات الحياة ومتطلباتها عن طريق الاحتكار أو ما يقربه من إضعاف أثر المنافسة. وقد ساعد على ذلك أن مدنية العصر اقتضت حاجات أو خدمات كثيرة أصبحت من لوازم الحياة . حال كونها تتطلب لأدائها مجهودات كبيرة وأموالا طائلة . لا تستطيع القيام بها إلا مشروعات ضخمة ذات قوى هائلة . يغلب ألا تجد لها منافساً . وإن وجدته هادنته . لتتوافق معه على توحيد شروطهما في تقديم الخدمات. الأمر الذي يضعف أثر المنافسة بينها ، إن لم يزله كلية . ومن هذه الحاجات . أو الخدمات . على وجه الخصوص ، تقديم الضروريات المنزلية كالمياه والكهرباء والغاز . والنقل أرضياً كان أم بحرياً أم جوياً . والعمل في المشروعات الكبرى . والتأمين . وغيرها كثير .

وكان من نتيجة تسلط القوى الهائلة على السلع والخدمات اللازمة لحياة

---

(١) انظر في عقود الإذعان : عبد المنعم فرج الصده ، عقود الإذعان في التشريع المصري ، رسالة مقدمة لجامعة القاهرة سنة ١٩٤٦ .

(٢) ولقد كانت الشريعة الإسلامية ، كدأبها في السبق إلى كل ما هو خير ، سباقة إلى محاربة الاحتكار ومعاداته والعمل على وقاية الناس من شروره وآثامه . وفي ذلك يقول عليه أفضل صلوات الله : الجالب مرزوق والمحتكر ملعون » . ويقول « لا يحتكر إلا خاطىء » .

الجمهور ، أنها دأبت ، فى تعاملها مع أفراده بشأنها ، على أن تقتصر بأن تعرضها عليهم ، بشروط تضعها هى ، ولا تقبل منهم مناقشة فيها ، وليس لهؤلاء إلا أن يقبلوها جملة أو يرفضوها جملة ، وبعبارة أخرى ، ليس لهم إلا أن يأخذوا أو يدعوا . وهكذا عرف عالم القانون ضرباً جديداً من ضروب التعاقد ، يأبى المساومة ويمنع النقاش ، ويقوم بين طرفين ، أحدهما بالغ القوة من حيث تأثيره الاقتصادى أو الاجتماعى ، والثانى — بالغة مابلغت قوته فى ذاتها — ضعيف أمامه ، لايملك ، لشدة حاجته إلى التعاقد معه ، إلا أن يسلم بشروطه ويرضخ لإرادته ويذعن لمشيئته .

وقد أورد قانوننا المدنى المصرى الأحكام التى أراد أن يخص بها عقد الإذعان فى ثلاثة نصوص متباعدة : الأول هو نص المادة ١٠٠ فى شأن القبول الذى ينعقد به العقد . والثانى هو نص المادة ١٤٩ الذى يمنح القاضى سلطة الإعفاء من الشروط التعسفية الذى قد يتضمنها العقد . والثالث هو نص المادة ١٥١ / ٢ فى شأن تفسير العبارات الغامضة فى العقد . وكان أولى بالمشرع أن يورد أحكام عقد الإذعان فى موضع واحد ، منعاً للتشتت والتناثر [١] .

٩٦ — خصائص عقد الإذعان :

يتميز عقد الإذعان بخصائص ثلاث أساسية [٢] ، هى الآتية :

---

(١) وهذا ما فعله القانون المدنى الكويتى حيث نظم عقد الإذعان باعتباره إحدى الصور التى يتم عليها التعاقد ، وأورد أحكامه فى موضع واحد ، وخصه بالمواد ٨٠ و ٨١ و ٨٢ منه .

(٢) راجع المذكرة الإيضاحية للمادة ١٤٥ من المشروع التمهيدى ، التى أصبحت بعد تعديل طفيف فى الصياغة ، المادة ١٠٠ من القانون (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٦٨ و ٦٩) .
وقد جاءت هذه المذكرة تستعرض خصائص عقود الإذعان قائلة : « وتتميز عقود الإذعان عن غيرها باجتماع مشخصات ثلاثة : أولها تعلق العقد بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات الأولى بالنسبة إلى المستهلكين أو المنتفعين . والثانى احتكار هذه السلع أو المرافق ، احتكاراً قانونياً أو فعلياً ، أو قيام منافسة محدودة النطاق بشأنها . والثالث توجيه عرض الانتفاع بهذه السلع أو المرافق إلى الجمهور بشروط متماثلة على وجه الدوام بالنسبة لكل فئة منها . وعلى هذا النحو يعتبر من قبيل عقود الإذعان تلك العقود التى يعقدها الأفراد مع شركات الكهرباء والغاز والمياه والسكك الحديدية ، أو مع مصالح البريد والتليفونات والتلغرافات أو مع شركات التأمين » .

١ — أن يتعلق بسلعة أو خدمة مما يعتبر من الضروريات الأولية ، ليس بالنسبة إلى فرد بعينه ، وإنما بالنسبة لجمهرة الناس، بحيث لا يستطيع هؤلاء الاستغناء عنها فى حياتهم ، دون أن يلحقهم الأذى أو الضيق [١] . وتحديد ما إذا كانت السلعة أو الخدمة من ضروريات الحياة أم لا مسألة واقع ، وتدخل بالتالى فى سلطة قاضى الموضوع التقديرية .

٢ — أن يكون أحد العاقدين محتكراً السلعة أو الخدمة ، سواء أكان احتكاره هذا قانونياً أو فعلياً ، أو أن تكون ، فى الأقل ، المنافسة بينه وبين غيره ، فى تقديم تلك السلعة أو الخدمة ، محدودة ضيقة النطاق .

٣ — أن يقوم مقدم السلعة أو الخدمة بعرضها على الجمهور وفق شروط مقررة سلفاً ولا يقبل نقاشاً فيها .

هذه هى الخصائص أو الصفات التى تتميز بها عقود الإذعان [٢] . وهى عقود كثيرة الشيوع . وتزداد يوماً بعد يوم ، نتيجة تطور الوضع

---

(١) انظر فى وجوب أن يتعلق عقد الإذعان بالمصالح الأولية للجمهور : نقض ١٢/٣/١٩٧٤ ، مجموعة النقض س ٢٥ ص ٤٩٢ . وقد جاء فى هذا الحكم أن السلع الضرورية التى تكون محلا لعقود الإذعان « هى التى لا غنى للناس عنها ، والتى لا تستقيم مصالحهم بدونها ، بحيث يكونون فى وضع يضطرهم إلى التعاقد بشأنها ، ولا يمكنهم رفض الشروط التى يضعها الموجب ولو كانت جائرة وشديدة » .

(٢) انظر فى خصائص عقود الإذعان ، نقض ١٢ مارس ١٩٧٤ مجموعة أحكام النقض س ٢٥ ص ٤٩٢ قاعدة ٨٠ . وتتلخص وقائع الدعوى التى صدر فيها الحكم فى أن شركة النصر لصناعة السيارات أعلنت عن إنتاج سيارة نصر ١٣٠٠ ، وعرضت على الجمهور أن يقوم من يريد شراءها بالحجز لدى موزعيها مع دفع المعجل من الثمن ، وذكرت فى الأعلان أن إتمام إجراءات التعاقد متوقف على موافقتها . تقدم أحد أعضاء مجلس الدولة بحجز سيارة لدى أحد الموزعين ، ولكنه لم يحظ مع ذلك بالسيارة ، فرفع دعوى اختصم فيها الشركة المنتجة والشركة الموزعة ، وأسس دعواه على أن السيارة تعتبر من لوازم الحياة وأن الشركة المنتجة تحتكر إنتاجها ، وأن عقد بيع السيارة له يعتبر من ثم عقد إذعان ، وأن إعلان الشركة المنتجة عن حجزها يعتبر منها إيجاباً بالبيع ، وأن تقدمه بالحجز مع دفع مقدم الثمن يتمثل منه قبولا ينعقد البيع به . أما عما ورد فى الإعلان من أن تمام إجراءات التعاقد يتوقف على موافقة الشركة المنتجة ، فقد قال عنه إنه شرط تعسفى تملك المحكمة إعفاءه منه إعمالا للمادة ١٤٩ . وقد تجاوبت محكمة الموضوع مع المدعى فيما ذهب إليه . ولكن محكمة النقض نقضت الحكم على أساس أن العقد هنا لا يعتبر =

الاقتصادى الذى أخذ يؤدى إلى نشأة مؤسسات أو هيئات أو شركات أو حتى أفراد يتحكمون فى الجمهور ، بتسلطهم على السلع والخدمات الحياتية التى لايستطيع عنها غناء . ومن أمثلة عقود الإذعان عقد النقل الذى تبرمه هيئة السكك الحديدية أو غيرها من شركات النقل المشترك أو شركات الملاحة أو الطيران . وعقد العمل الذى تبرمه الشركات والمؤسسات الكبرى . وعقد التأمين ، وعقد الاشتراك فى التليفون ، وعقد الاشتراك للتزود بالكهرباء ، وغيرها كثير .

وتوافر الخصائص السابقة لازم لاعتبار العقد من عقود الإذعان . فإن لم تتوافر مجتمعة . مااعتبر العقد من بينها . وماأخذ بالتالى حكمه [1] .

= عقد إذعان لتخلف الخصائص التىيتميز بها . وقد جاء فىهذا الحكم : « لما كان من خصائص عقود الإذعان أنها تتعلق بسلع أو مرافق تعتبر من الضروريات بالنسبة إلى المستهلكين أو المنتفعين ، ويكون فيها احتكار الموجب هذه السلع أو المرافق احتكاراً قانونياً أو فعلياً أو تكون سيطرته عليها من شأنها أن تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق ، وأن يكون صدور الإيجاب منه إلى الناس كافة وبشروط واحدة ولمدة غير محددة ، وكانت السلع الضرورية هى التى لا غنى للناس عنها والتى لا تستقيم مصالحهم بدونها ، بحيث يكونون فى وضع يضطرهم إلى التعاقد بشأنها ولا يمكنهم رفض الشروط التى يضعها الموجب ولو كانت جائرة وشديدة ، وكان مجرد انفراد الموجب بإنتاج سلعة ما أو الاتجار فيها لا يعد بذاته احتكاراً يترتب عليه اعتبار العقد المبرم فى شأنها من عقود الإذعان ، ما لم تكن السلعة من الضروريات الأولية للجمهور بالمعنى المتقدم .. » . وهذا الذى ذهب إليه الحكم سديد تماما . فالتعاقد فى خصوصية الدعوى لا يعتبر من قبيل التعاقد بالإذعان . لأن السيارة لا تعتبر من ضروريات الحياة فى مجتمعنا . ثم أن الاحتكار غير قائم . لأن السيارات الأخرى متوافرة فى السوق . وعلى ذلك يعتبر الإعلان الذى وجهته شركة النصر مجرد دعوة إلى التعاقد ، فى حين يعتبر طلب الحجز هو الإيجاب ، فلا ينعقد العقد إلا بموافقة الشركة المنتجة . كما هو وارد فى إعلان الحجز . انظر فى خصائص عقد الإذعان أيضاً : نقض ٢٢/٥/١٩٥٤ . *مجموعة أحكام النقض س ٥ ص ٧٨٨ قاعدة ١١٩ . وقد خلص الحكم . بعد أن استظهر خصائص عقود الإذعان ، إلى أن عقد الأشغال العامة لا يعتبر منها .*

(١) وقد قضى بأن عقد الأشغال العامة لا يعتبر من قبيل عقود الإذعان (نقض ٢٢/٥/١٩٥٤ السابقة الإشارة إليه) وهذا القضاء سديد . ففضلا عن الطبيعة الإدارية لعقد الأشغال العامة ، فإن جهة الإدارة وإن كانت هى التى تضع مسبقاً شروط العقد ولا تقبل عادة نقاشاً فيها ، إلا أنها لا تحتكر الأعمال التى يمكن للمقاولين أن يباشروها ، فضلا عن عدم تمثلها أموراً ضرورية لحياتهم . وقضى أيضاً بأن ترخيص مصلحة الجمارك لإحدى الشركات بتشغيل معمل لإنتاج =

٩٧ — الطبيعة القانونية لعقد الإذعان :

لقـــد كان من شأن إذعان الطرف الضعيف لإرادة الطرف الآخر ورضوخه لمشيئته أن ثار، فى فرنسا وفى غيرها من دول أخرى كثيرة غيرها، الخلاف عنيفاً حاداً حول طبيعة عقد الإذعان ذاتها . وهو خلاف تركز حول ما إذا كان عقد الإذعان يعتبر عقداً . وبالتالى تسرى فى شأنه أحكام العقود بوجه عام . أم أنه لايعتبر كذلك . وقد انقسم الفقهاء بصدد هذه المسألة . فهاجم فكرة العقدية فريق منهم . أكثرهم من فقهاء القانون العام . وبينهم بعض أفذاذهم . مثل دجى Duguit وهريو Hauriot . ولكن معهم أيضاً بعض أفذاذ القانون الخاص مثل Salleilles . وناصر فكرة العقدية فريق آخر من الفقهاء . أغلبهم من فقهاء القانون الخاص . بل ومن عمالقتهم . من أمثال دموج Demogue وريبر Ripert وأسمن Esmein وكابيتان Capitant ، دون أن يتجردوا بدورهم عن مناصرة بعض كبار فقهاء القانون العام أنفسهم لرأيهم . من أمثال لوبادير De Laubadere . أما القضاء فى فرنسا فلم ينفك قط عن أن يسير فى فلك العقدية فى عقد الإذعان وكذلك فعل قضاؤنا المصرى تحت ظل قانوننا القديم .

وقد آثر القانون المدنى الحالى أن يحسم هذا الخلاف العنيف الحاد حول عقود الإذعان . فناصر فكرة العقدية فى صددها ، قاضياً . فى المادة ١٠٠ منه بأن « القبول فى عقود الإذعان يقتصر على مجرد التسليم بشروط مقررة يضعها الموجب ولايقبل مناقشة فيها » .

وقانوننا المدنى ، بإيراده الحكم الذى ضمنه المادة ١٠٠ ، يغلب الرأى السليم . الذى ناصره القضاء دوماً . فضلا عن كثرة من الفقهاء . وقد راعى

= المشروبات الكحولية بشروط معينة تتمثل التزامات على الشركة وحدها لا يعتبر من قبيل التعاقد بالإذعان ، لأنه ليس عقداً أصلا . وإنما قرار إدارى ، ومن ثم « فلا يجوز التحلل من أحكامه بدعوى أنها جائرة وإن قبول الطاعنة (الشركة) لها تم بطريق الإذعان ، إذ أن الإستثناء الوارد فى المادة ١٤٩ من القانون المدنى فى شأن عقود الإذعان خاص بالعقود المدنية ، ولا يسرى على القرارات الإدارية » .

فى ذلك أن الطرف المذعن . ولو كان فى مركز اقتصادى أو اجتماعى أضعف بكثير من غريمه . ولو أن رضاءه يأتى على صورة التسليم بشروطه والإذعان لمشيئته . إلا أنه مع ذلك رضاء قائم وكاف لقيام العقد . فالظروف التى تحيط بالطرف المذعن والتى تلح عليه فى إبرام العقد والرضوخ لإرادة الطرف الآخر والتسليم بشروطه لاتصل . فى حد ذاتها ، إلى مرتبة الإكراه ، الذى من شأنه أن يؤدى إلى إبطال العقد . ثم إن علاج رضوخ الطرف المذعن لإرادة غريمه والتسليم بشروطه من غير مناقشة فيها لايتمثل فى رفض فكرة العقدية فى ذاتها ، وإنما فى حماية هذا الطرف الضعيف عندما تقتضيها المصلحة واعتبارات العدالة . وهو الأمر الذى عمد المشرع بالفعل إليه فى المادتين ١٤٩ و ١٥١ / ١ . على نحو ماسيجىء بعد قليل .

٩٨ — كيف يتم التعاقد بالإذعان :

يتم التعاقد فى عقود الإذعان بناء على إيجاب يصدر من مقدم السلعة أو الخدمة ، ثم قبول من الطرف المذعن .

فالإيجاب هو عرض السلعة أو الخدمة من صاحبها على من يشاء من الجمهور . وهو إيجاب مستمر . يتم وفق شروط موضوعة سلفاً ومنشورة على الناس . بحيث يستطيعون العلم بها . ويترتب على كون الإيجاب مستمراً . أنه إذا قبله أى شخص ، قام العقد نهائياً ، وما استطاع مقدم السلعة أو الخدمة التحلل من إبرامه ، حتى إذا ما قعد عن تنفيذ الالتزامات المتولدة عنه ، انشغلت مسئوليته التعاقدية . ولكن يلاحظ أنه فى بعض الأحيان يقترن الإيجاب هنا بشروط أو تحفظات تمليها طبيعة التعاقد ذاتها . بحيث لو أنها تخلفت . اعتبر الإيجاب غير قائم أصلا . ومثال ذلك الإيجاب بالتأمين على الحياة الموجه للجمهور من شركات التأمين ، فهذا الإيجاب معلق بالضرورة على شرط أن يكون المؤمن على حياته خالياً من الأمراض التى تهدد الحياة . ومثال ذلك أيضاً الإيجاب الموجه من شركات الخطوط الجوية وشركات النقل على خلاف أنواعها ، فهذا الإيجاب معلق على شرط أن يكون هناك محلات شاغرة .

والإيجاب فى عقود الإذعان على نحو ماآتينا عليه حالا . لايعدو أن يكون تطبيقاً للقاعدة العامة التى تقضى بأنه يصح أن يوجه الإيجاب إلى أشخاص غير محددين ، طالما كانت شخصية من يراد التعاقد معه غير ذات اعتبار أساسى فى التعاقد ، وذلك مع مراعاة ما تقتضيه ظروف الحال .

ويتم القبول ، فى عقود الإذعان ، إذا جاء شخص وارتضى الإيجاب الموجه له ولغيره من أفراد الناس ، فينعقد العقد بمجرد أن يتصل رضاؤه هذا بعلم الموجب . ولايحول دون اعتبار ارتضاء الإيجاب هنا قبولا إياه من شأنه أن يقيم العقد . أن يكون قد انبنى من صاحبه على الرضوخ والإذعان لمشيئة الطرف الآخر . فهذا لايمنع من كون العاقد قد أراد العقد ، وكان فى وسعه أن يمتنع عن إبرامه . وعلى أية حال فالقانون يقنع بهذا النوع من الرضاء لذات انعقاد العقد . وأن رتب عليه آثاراً معينة . سنذكرها فيما بعد . وهى آثار تسبغ حماية فعالة للطرف الذى جاء رضاؤه بالعقد عن رضوخ وإذعان لمشيئة غريمه .

٩٩ — حماية الطرف الضعيف فى عقود الإذعان :

إذا كان قانوننا المدنى ، شأنه فى ذلك شأن غيره من قوانين بعض البلاد الأخرى [١] ، قد اعتبر عقد الإذعان عقداً صحيحاً . واعتد فيه بتسليم الطرف المذعن لمشيئة الطرف الآخر على اعتبار أنه يصلح قبولا يقيمه ، إلا أنه لم يغفل عن أنه يتميز بطبيعة خاصة ، تقوم على التفاوت الكبير بين مركز كل من طرفيه . حيث إن أحدهما يوجد ، من الناحية الواقعية ، فى مركز سيادى بالنسبة إلى الآخر ، سمح له بأن يملى عليه شروطه . ولم يكن لهذا المتعاقد الآخر إلا أن رضخ وأذعن لمشيئته . وقد أدى به هذا الاعتبار إلى أن يخص عقود الإذعان ببعض أحكام تستهدف حماية الطرف المذعن .

(١) انظر المادة ١٠١ مدنى سورى ، والمادة ١٠٠ من القانون المدنى الليبى ، والمادة ١٦٧ من القانون المدنى العراقى ، والمادة ١٧٢ من قانون الموجبات اللبنانى ، والمادة ٨٠ من القانون المدنى الكويتى .

وتتمثل الحماية التي يسبغها القانون على الطرف الضعيف في عقود الإذعان . أي الطرف المذعن ، في مظهرين أساسيين ، هما الآتيان :

١٠٠ — أولا : الحماية من الشروط التعسفية :

طالما أن عقد الإذعان هو في حقيقته من إعداد مقدم الخدمة أو السلعة الذي أملى شروطه على الطرف الآخر ، فإنه من الممكن له أن يتضمن شروطاً تعسفية جائرة بالنسبة لهذا الأخير . وكثيراً ما يفعل في الواقع . وهذا ما دعا الفكر القانوني إلى أن يعمل جاهداً في سبيل حماية الطرف المذعن من تلك الشروط . وقد جاء القانون المدني المصري يضفي الحماية بسخاء في هذا المجال . قاضياً في المادة ١٤٩ منه بأنه : « إذا تم العقد بطريق الإذعان . وكان قد تضمن شروطاً تعسفية ، جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها . وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة . ويقع باطلا كل اتفاق يقع على خلاف ذلك » .

فالمظهر الأساسي للحماية التي يضفيها القانون على الطرف المذعن تتمثل في رفع الضرر الذي من شأن إعمال ما قد يتضمنه العقد من شروط تعسفية أن يلحقه به . وذلك بتخويله الحق في أن يرفع الأمر إلى القضاء ، طالباً منه الحكم بتعديل تلك الشروط بما يرفع عنه إجحافها . أو بإعفائه كلية منها . وذلك على نحو ماتقتضيه العدالة .

وتعتبر الشروط تعسفية . إذا جاءت متجافية مع ماينبغي أن يسود التعامل من روح الحق والعدل . وتقدير ماإذا كان الشرط تعسفياً أم غير ذلك مناط بالقضاء [١] .

---

(١) ويلاحظ أننا لو راعينا الأصل العام في مثل الحالة المذكورة في المتن ، لترجح القول بأن تقدير ما إذا كان الشرط الذي يتضمنه عقد إذعان معين هو شرط تعسفي أم أنه غير ذلك ، هو مسألة واقع ، يستقل بها قاضي الموضوع ، دونما رقابة عليه في ذلك من محكمة النقض . ولكن الفكر القانوني في فرنسا ، فقها وقضاء ، يميل إلى تخويل الرقابة على قاضي الموضوع بالنسبة إلى تفسير العقود التي لها صفة تنظيمية عامة ، كالعقود النموذجية وعقود الإذعان ، وهي العقود التي يقال عنها وبحق إنها عقود تنشيء في واقع الحال القانون الذي طبق في حالات عديدة وعلى أشخاص =

وتثبت حماية الطرف المذعن من الشروط التعسفية ، حتى لو كان يعلم بها وقت التعاقد ، وشملها بالتالى رضاؤه . فهى لاتقف عند حد الشروط التى لم يثبت علمه بها . وإن جاءت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى بغير ذلك [١] .

= كثيرين . فمن أجل توحيد القضاء ، فى مثل هذه الحالات ، يتجه الفقه وأحكام النقض الفرنسية إلى تخويل الرقابة فى شأن تفسير العقود لمحكمة النقض . ونحن من جهتنا لا يسعنا إلا أن نؤيد هذا الاتجاه ونباركه . راجع فيما سبق : نقض باريس مدنى ٤ مايو ١٤٢ ، D. C. ١٩٤٢ — ١٣١-١ وتعليق Besson وانظر أيضاً .

Marty, Distinction du fait et droit th. Toulcuse 1929 no 158.

وإذا كان الفكر القانونى يميل إلى تخويل محكمة النقض الرقابة على قاضى الموضوع فى شأن تفسير عقود الإذعان ، فإن تخويلها هذه السلطة أولى بالاتباع فى شأن تقدير ما إذا كانت الشروط التى تنطوى عليها تعسفية أم لا ، لتعمل فيها سلطة التعديل أو الإعفاء .

(١) جاءت المذكرة الإيضاحية للمادة ٢١٧ من المشروع التمهيدى تقول : « فالأصل أن الحاجة إلى التفسير لا تعرض متى كانت عبارة العقد واضحة ، ففى مثل هذه الحالة تطبق شروط التعاقد كما أفرغت فيها . بيد أن الحكم يختلف فيما يتعلق بما يدرج فى عقود الأذعان من الشروط الجائرة . فالالتجاء إلى التفسير يتعين بشأنها ، ولو كانت واضحة العبارة بينه السياق . فمن واجب القاضى أن يتثبت فى هذه الحالة مما إذا كان العاقد المذعن قد تنبه إلى هذه الشروط . فإذا استوثق من تنبه هذا العاقد إليها ، كما لو كان العاقد الآخر قد احتاط فجعل تلك الشروط مخطوطة باليد فى عقد مطبوع . تحتم عليه إمضاء حكمها رعاية لاستقرار المعاملات . أما إذا تبين أن العاقد المذعن لم يتنبه إلى الشروط الجائرة ، فعليه أن يستبعدها وينزل على أحكام القواعد العامة — فى هذا النطاق الضيق يطبق هذا الاستثناء ، فلا يبلغ الأمر حد استبعاد الشرط الجائر بدعوى أن المذعن قد أكره على قبوله ، متى تنبه إليه هذا العاقد وارتضاه . فالإذعان لا يختلط بالإكراه . بل أن التوحيد بينهما أمر ينبو به ما ينبغى للتعامل من أسباب الاستقرار . ثم إن ما يوفى من حماية إلى العاقد المذعن ينبغى أن يكون محلا لأحكام تشريعية عامة — كما هو الشأن فى حالة الاستغلال — أو لتشريعات خاصة . . . . » .

والعبارة السابقة من المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى صريحة فى أن سلطة القاضى المتمثلة فى التعديل أو الإعفاء لا تكون إلا بالنسبة إلى الشروط التى لم يعلم بها الطرف المذعن . دون تلك التى علم بها . ومع ذلك فالرأى عندنا هو ما ذهبنا إليه فى المتن . ذلك لأن تلك العبارة قد جاءت إيضاحاً لنص آخر مختلف تماماً عن النص الذى أورده القانون فى المادة ١٤٩ . وذلك النص هو : « إذا تم العقد بطريق الإذعان ، وكان الطرف المذعن بقبوله دون مناقشة ما عرض عليه لم يتنبه إلى بعض الشروط التعسفية التى تضمنها العقد ، جاز للقاضى أن يجعل ذلك محلا للتقدير » . وهو مختلف تماماً عن النص الذى تضمنته المادة ١٤٩ ، التى جاءت تعطى للقاضى=

وغنى عن البيان أن تعديل الشروط التعسفية التى يتضمنها عقد الإذعان أو إعفاء الطرف المذعن منها لايجريه القاضى من تلقاء نفسه ، إنما بناء على طلب الطرف المذعن . ويجوز للطرف المذعن أن يطلب من القاضى إعمال تلك الرخصة فى أية حالة كانت عليها الدعوى أمام قاضى الموضوع . ولكنه لايجوز له أن يطلب إعمالها لأول مرة أمام محكمة النقض ، لأن التمسك بها يتخالط مع واقع (١) .

والحق الذى يقرره القانون للطرف المذعن فى تعديل الشروط التعسفية التى يتضمنها العقد بما يرفع عنه إجحافها ، أو فى إعفائه من تلك الشروط كلية ؛ هذا الحق يتعلق بالنظام العام . إذ أنه يستهدف حماية الضعفاء من الناس من جور القوى الاقتصادية الكبرى . وإذا كان ذلك ، فإن الحق فى تعديل الشروط التعسفية أو فى الإعفاء منها يثبت للطرف المذعن ، ولو اتفق على غير ذلك ، إذ أن مثل هذا الاتفاق يقع باطلا (المادة ١٤٩ فى آخرها) .

ويلاحظ ، فى النهاية ، أن القانون ، وهو يتيح للقاضى ، بناء على طلب الطرف المذعن ، أن يعدل الشروط التعسفية بما يرفع عن هذا الأخير إجحافها ، أو يعفيه كلية منها ؛ يلاحظ أن القانون ، وهو يفعل ذلك ، يخص عقود الإذعان بحكم خطير عن طريق منح القاضى سلطة تتجاوز إلى حد كبير

= سلطة تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها وفقاً لما تقضى به العدالة ، وذلك بغير تخصيص ولا تمييز بين الشروط التى يثبت علم الطرف المذعن بها ، وتلك التى يثبت فى خصوصها عدم علمه . ولا تخصيص بغير مخصص . والواجب عدم الاعتداد أصلا بعبارة المذكرة الإيضاحية ، لأنها جاءت إيضاحاً لنص آخر غير النص الذى تضمنته المادة ١٤٩ .

(١) انظر نقض ١٩٧٠/١٢/٣١ طعن ٣٦/١٦٩ق ، مجموعة أحكام النقض س ٢١ ص ١٣٠٥ قاعدة ٢١٤ . وقد صدر هذا الحكم فى شأن تفسير عقد الإذعان ، قاضياً بعدم جواز التمسك لأول مرة أمام محكمة النقض بأنه لا يسوغ تفسير وثيقة التأمين بما يضر بمصلحة الطرف المذعن . وهذا الحكم يسرى أيضاً بالنسبة إلى طلب الطرف المذعن تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها . فنى الحالتين كلتيهما يتطلب إعمال سلطة القاضى فى الإعفاء من الشروط التعسفية أو تعديلها أو فى التفسير على نحو لا يضر بمصلحة الطرف المذعن البحث عما إذا كانت خصائص عقد الإذعان متوافرة من عدمه وعما إذا كانت شروط العقد جائرة من عدمه ، وذلك من أمور الواقع التى لا يجوز طرحها لأول مرة أمام محكمة النقض .

المألوف من سلطته . فهو يمنح القاضى هنا سلطة تعديل الشرط التعسفى بل وإهداره . إذا اقتضت منه ذلك العدالة وشرف العامل . وذلك فى حين أن مهمة القاضى . وفقاً للقواعد العامة ، تقتصر . فى شأن العقود ، على مجرد تفسيرها ، بغية إعمال حكم القانون فيها ، دون أن يترخص له فى أن يجرى تعديلا فيها أو إهداراً لشروطها .

١٠١ — ثانياً : تفسير الشك فى مصلحة الطرف المذعن :

لا تقف حماية القانون للطرف المذعن عند تخويله الحق فى أن يطلب من القاضى تعديل الشروط التعسفية التى قد يتضمنها العقد بما يرفع عنه إجحافها . أو حتى إعفاءه كلية من تلك الشروط . حسب مقتضيات العدالة ، وإنما يقرر القانون له مظهراً آخر من مظاهر حمايته إياه . ويتمثل هذا المظهر الجديد فى وجوب تفسير الشك . إن وجد . فى مصلحة الطرف المذعن . وفى ذلك جاءت المادة ١٥١ / ٢ تقول : « ٢ — ومع ذلك لا يجوز أن يكون تفسير العبارات الغامضة فى عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن » .

ويلاحظ أن النص السابق جاء متسماً بسوء الصياغة . فهو يقول إن المحظور هو تفسير العبارات الغامضة بما يضر بالطرف المذعن . وليس ذلك هو المقصود بطبيعة الحال . إذ أن المقصود هو عدم تفسير الشك الذى تتضمنه العبارات الغامضة بعد أن يعمد القاضى إلى تفسيرها للتعرف على مقصود العاقدين .

فإذا اتسم شرط من شروط عقد الإذعان بغموض . ولم تسعف طرق التفسير القاضى فى تبديد هذا الغموض . وبقى ثمة شك فيما أراده العاقدان من عبارة الشرط ، وجب تفسير هذا الشك فى مصلحة الطرف المذعن . وذلك دائماً وفى كل الأحوال ؛ حتى لو كان من شأن القواعد العامة أن تجعل تفسير الشك فى مصلحة الطرف الآخر ، كما لو كان من شأن الشرط الذى لابسه الشك أن يشدد من مسئوليته عما تقضى بها القواعد العامة فى القانون .

وكما هو الشأن بالنسبة إلى تعديل الشروط التعسفية أو الإعفاء منها ،

لايجوز للطرف المذعن أن يتمسك بقاعدة عدم جواز تفسير الشك إضراراً به لأول مرة أمام محكمة النقض [1] .

(هـ) النيابة فى التعاقد

١٠٢ – الأصل فى التعاقد أن يتولاه أصحاب الشأن بأشخاصهم ، فيبرمونه بالأصالة عن أنفسهم . ولكن فى كثير من الأحيان ، يبرم العقد لصالح شخص معين بوساطة آخر ، يقوم مكانه فى عقده ، أو ينوب عنه فى ذلك . وهذا هو التعاقد بطريق النيابة .

والنيابة فى التعاقد نظام بالغ الأهمية فى دنيا القانون . وترجع أهميته إلى شيوع الالتجاء إليه ، فى واقع حياة الناس . بل إنه فى كثير من الأحيان ، يتمثل أمراً ضرورياً ليس عنه غناء . ويحدث ذلك ، على وجه الخصوص ، بالنسبة إلى عديمى الأهلية وناقصيها . فالقانون لايجيز لهؤلاء إبرام التصرفات كلها أو بعضها بذات أنفسهم . ولكنه يقدر مع ذلك أن مصلحتهم قد تقتضى إبرامها . وهنا تبرز النيابة كضرورة لإمكان إجراء تلك التصرفات عن طريقها . وحتى فى الأحوال التى لاتتمثل فيها النيابة أمراً ضرورياً ، كثيراً ما تظهر كنظام جليل الفائدة للناس ، حيث يسهل عليهم أمور حياتهم ، إذ تمكنهم من إجراء تصرفات قد يتعذر عليهم إبرامها بأنفسهم ، لغيابهم عن مكان عقدها ، أو لعدم إلمامهم بها ، أو لكثرة مشاغلهم عنها ، أو لأى سبب آخر .

ولما تتسم به النيابة من عظيم الأهمية ، أولاها القانون المدنى عنايته ، وعمد إلى تنظيمها فى إطار نظرية عامة [2] ، تتضمن الأسس التى تقوم عليها ، وتؤدى على هديها وظيفتها ، وذلك فى المواد من ١٠٤ إلى ١٠٨ منه .

---

(١) أنظر نقض ١٩٧٠/١٢/٣١ السابقة الإشارة إليه .

(٢) لم يتناول الفقه الإسلامى نظام النيابة داخل إطار نظرية عامة . ولكنه عنى أشد العناية بأهم تطبيقين له ، ونقصد بهما الولاية على مال عديمى الأهلية وناقصيها (نيابة قانونية) والوكالة (نيابة إتفاقية) .

وغنى عن البيان مدى الأهمية التى يتسم بها تنظيم القانون للنيابة فى إطار نظرية عامة ، تتضمن أسسها وقواعدها العامة المشتركة . إذ أن صور النيابة تتعدد وتتشعب ، سيما وأن الفكرة التقليدية السائدة التى تنظر إلى الوكالة على اعتبار أنها تتمثل النيابة الاتفاقية فى كل مظاهرها . أخذت تتزلزل فى الفكر القانونى المعاصر . الذى بات يرى أن الوكالة . بالنسبة إلى النيابة الاتفاقية . لاتعدو أن تكون بعضاً من كل . وإن كان بعضها الأغلب . وأن هناك صوراً أخرى غيرها للنيابة الاتفاقية . لاسيما فى مجال النيابة عن الأشخاص الاعتبارية الخاصة . كالشركات والجمعيات ، حينما تحدد نظمها الأشخاص الذين تثبت لهم صفة النيابة عنها .

ونتناول النيابة ، بادئين بالتعريف بها وبيان أنواعها وتحديد مجال إعمالها . ونعرض بعد ذلك لتحديد سلطة النائب . ثم نتطرق إلى مقومات النيابة . لنعالج بعد ذلك آثارها وانتهاءها . ولما كان من شأن إعمال فكرة النيابة إمكان أن يتعاقد الشخص مع ذات نفسه ؛ وجب أن نختتم دراستنا لنظرية النيابة بالتعرض لهذه الحالة .

١٠٣ — التعريف بالنيابة :

النيابة [١] représentation نظـام قانونى مؤداه أن تحـل إرادة شخص معين . يسمى النائب ، محل إرادة شخص آخر . هو الأصيل . فى إنشاء تصرف قانونى تنصرف آثاره إلى الأصيل ، لا إلى النائب . وبعبارة أخرى شائعة فى الفقه الإسلامى . النيابة هى قيام شخص مقام آخر فى إجراء التصرف . فالذى ينشئ التصرف هنا هو النائب . وهو ينشئه بذات إرادته . ولكن آثار هذا التصرف لا تلحق النائب . وإنما تنصرف إلى الأصيل . إذ أن النائب . ولو أنه هو الذى يبرم التصرف . ويبرمه بذات إرادته . إلا أنه يبرمه باسم الأصيل ولحسابه . وهكذا يرى الأصيل نفسه . بالنسبة

---

(١) راجع فى النيابة فى التعاقد : جمال مرسى بدر ، النيابة فى التصرفات القانونية . رسالة مقدمة لجامعة الإسكندرية سنة ١٩٥٤ .

إلى آثار التصرف ، كما لو كان هو الذى أبرمه بشخصه ، فى حين أنه فى الواقع لم يبرمه ، وإنما أبرمه عنه نائبه باسمه ولحسابه .

١٠٤ — أنواع النيابة :

تنقسم النيابة ، بالنسبة إلى المصدر الذى يقرر وجودها ويرسم حدودها ، إلى نوعين أساسيين . يشمل أولهما النيابة الاتفاقية ، وينتظم ثانيهما النيابة القانونية [١] .

فالنيابة الاتفاقية ، هى تلك التى يقرر الاتفاق وجودها ويعين حدودها . وحالتها الغالبة هى الوكالة . وإن لم تكن الوحيدة . فالوكيل نائب اتفاقى عن الموكل ، لأنه يستمد نيابته عنه من عقد الوكالة ، فى الحدود التى يرسمها هذا العقد . ويعتبر نائباً اتفاقياً كذلك مدير الشركة أو الجمعية إذا استمد نيابته عنها بمقتضى عقد تأسيسها ، أو بمقتضى قرار تصدره .

أما النيابة القانونية ، فهى تلك التى يقرر القانون وجودها ويعين حدودها بطريق مباشر . وهذه هى حالة الولى والوصى والقيم ومدير التفليسة (السنديك) والحارس القضائى . ولايغير من اعتبار النيابة قانونية أن يترك القانون فى بعض الأحوال للقاضى سلطة تعيين النائب ، كما هى الحال بالنسبة إلى الوصى والقيم والسنديك والحارس القضائى . وإن كان كثير من الفقهاء يطلقون على النيابة هنا اصطلاح « النيابة القضائية » . إذ أن دور القاضى هنا يقتصر على اختيار شخص النائب . أما تقرير مبدأ النيابة ذاتها ورسم حدودها ، فالقانون هو الذى يتولاهما بنفسه .

١٠٥ — مجال إعمال النيابة فى التعاقد :

القاعدة أنه يجوز التعاقد بطريق النيابة فى كل التصرفات القانونية كالبيع والإيجار والهبة والشركة ، إلى غير ذلك من كافة التصرفات الأخرى .

---

(١) وقد جاءت المادة ١٥٦ من المشروع التمهيدى تقول إن النيابة اتفاقية أو قانونية . وقد حذفت هذه المادة لوضوح حكمها (راجع مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٩٠ و ٩١) .

ولايستثنى من هذه القاعدة ، إلا الحالات التى يستلزم فيها القانون أن يبرم الشخص التصرف بنفسه [١] . وهى حالات جد نادرة [٢] .

١٠٦ — سلطة النائب :

الأصل العام أن سلطة النائب تتحدد بمصدر نيابته ، وبعبارة أخرى بسند نيابته . فإذا كان القانون هو مصدر النيابة ، كما هو الشأن على الأخص فى الولاية على أموال معدومى الأهلية وناقصيها ، تحددت سلطة النائب بما يقضى به القانون فى شأنها . وإذا ترك القانون للقاضى تحديد سلطة النائب ، وجاء الحكم يحددها ، فإن هذا الحكم هو الذى يرسم أبعادها . وإذا كان الاتفاق هو مصدر النيابة ، كما هو الشأن على الأخص فى الوكالة ، تعينت سلطة النائب بمقتضاه .

وإذا كان الأصل العام أن سلطة النائب تتحدد بسند نيابته بمعنى ، مصدرها ، فقد يحصل فى بعض الأحيان أن يعلن الأصيل فى الصحف أو فى نشرات أو إعلانات . أو فى غير ذلك كله من وسائل الإعلام ، عن سلطة نائبه فى إجراء التصرفات عنه ، بما يتجاوز فى الواقع ماحدده له سند نيابته ، أو يخطر بذلك شخصاً أو أشخاصاً معينين . فماذا عساه أن يكون الحكم فى مثل هذه الحالة ؟

يجب هنا أن نفرق بين النيابة الاتفاقية والنيابة القانونية . ففى النيابة الاتفاقية يعتد بالضرورة بما يجئ فى إعلان الأصيل أو إخطاره بما يتجاوز سلطة نائبه . مع عدم الإخلال بما يتطلبه القانون من شكلية عند لزومها .

---

(١) وقد كانت المادة ١٥٥ من المشروع التمهيدى تتضمن هذا الحكم بقولها : « يجوز التعاقد بالأصالة أو بطريق النيابة ما لم ينص القانون على خلاف ذلك » . وقد حذف هذا النص فلم يأت فى القانون ، وذلك لوضوح حكمه (راجع مجموعة ط الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٩٠ و ٩١ فى الهامش) .

(٢) ومن هذه الحالات فى القانون الفرنسى ، إبرام الزواج ، حيث إنه لا تجوز النيابة فيه ، قانونية كانت أم تفاقية . انظر مؤلفنا ، الزواج فى القانون الفرنسى ، نبذة ٣٥ . أما فى الشريعة الإسلامية فالنيابة فى الزواج جائزة بنوعيها .

ذلك لأن سلطة النائب هنا تستمد من الأصيل نفسه ، فإن عمد هذا الأخير إلى الإعلان أو الإخطار بما يتجاوزها ، فهو يلجأ بذلك إلى التوسعة فيها ، وهو أمر يملكه .

أما فى النيابة القانونية ، وكذلك فى النيابة القضائية (عند من يقول باستقلالها عن النيابة القانونية) . فالأمر مختلف . ذلك لأن القانون أو حكم القاضى على حسب الأحوال ، هو الذى يرسم هنا حدود النيابة ، وليس إرادة أى شخص آخر . حتى ذاك الذى يتولى النائب مباشرة سلطة النيابة عنه . وهكذا فلو أعلن هذا الأخير أو أخطر بما يتجاوز المحدد قانوناً أو قضاء من سلطات نائبه ، فإن ذاك الإعلان أو الإخطار لا يغير من الأمر شيئاً .

١٠٧ — مقومات التعاقد بالنيابة :

لكى يعتبر التعاقد حاصلا بطريق النيابة ، سواء أكانت اتفاقية أم قانونية يلزم توافر الأمور الأربعة الآتية :

١ — قيام النيابة .
٢ — حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل فى إبرام التصرف .
٣ — إجراء النائب التصرف باسم الأصيل ولحسابه .
٤ — التزام النائب فى إبرامه التصرف حدود نيابته .

ونتناول كلا من هذه الأمور الأربعة بالتفصيل ، وذلك فيما يلى :

١٠٨ — أولا : قيام النيابة :

لكى يعتبر التعاقد حاصلا بطريق النيابة ، يلزم أولا وبالبداهة أن تكون النيابة قائمة عند إجرائه . وهى تقوم ، كما سبق لنا أن بينا ، إذا وجد لها سند ينشئها . سواء أكان هذا السند هو القانون (النيابة القانونية) أم الاتفاق (النيابة الاتفاقية) .

وعلى من يتعاقد مع من يدعى النيابة عن غيره أن يتثبت من نيابته ومن

حدودها ؛ وإلا عرض نفسه لعدم سريان التصرف الذى يجريه فى حق الأصيل [١] .

ولايلزم أن يكون سند النيابة فى الشكل الذى يتطلبه القانون لإبرام التصرف الذى يتم عن طريقها ؛ إن تطلب له شكلا ما . وذلك مالم يقض القانون بخلافه . فالشكلية استثناء من القواعد العامة . ومن ثم فهى لاتكون واجبة إلا حيثما يتطلبها القانون . ولايوجد فى القانون نص يفرض الرسمية لإنشاء سند النيابة على وجه العموم والشمول . وإن كان يغلب فى هذا السند بحكم طبيعته ذاتها أن يجئ فى الشكل الرسمى . كما إذا قامت النيابة نتيجة حكم صادر بتعيين وصى أو قيم أو سنديك أو حارس قضائى .

فإذا تطلب القانون شكلا خاصاً لانعقاد العقد الذى يراد إبرامه عن طريق النيابة ؛ كعقد الرهن الرسمى مثلا . أو عقد الهبة أو عقد الشركة . فإنه لايلزم لقيام النيابة فى إبرام هذا العقد أن يكون سندها فى نفس الشكل . هذا هو الأصل . وإن كان ليس مطلقاً . إذ أنه يرد عليه استثناء أساسى هام فى خصوص الوكالة . حيث تقضى المادة ٧٠٠ مدنى بأنه : « يجب أن يتوافر فى الوكالة الشكل الواجب توافره فى العمل القانونى الذى يكون محل الوكالة . مالم يوجد نص يقضى بغير ذلك » . أما فى غير الوكالة : فالأصل أنه من الممكن للنيابة أن تقوم . ويقع التعاقد عن طريقها صحيحاً . دون ما ضرورة لأن يجئ سندها فى نفس الشكل الذى يتطلبه القانون لإبرام التصرف الذى يبرمه النائب عن أصيله . وتظهر أهمية هذا الحكم فى حالات النيابة التى تثبت بمقتضى تصرف قانونى فى غير حالات الوكالة . وعلى الأخص فى حالة

---

(١) انظر : نقض ١٤ إبريل ١٩٧٣ ، طعن ٢٢/٣٨ق مجموعة أحكام النقض س ٢٤ ص ٦٠٨ قاعدة ١٠٧ . وقد جاء فى هذا الحكم أن الأصل فى قواعد الوكالة « إن الغير الذى يتعاقد مع الوكيل عليه أن يتثبت من قيام الوكالة ومن حدودها ، وله فى سبيل ذلك أن يطلب من الوكيل ما يثبت وكالته . فإن قصر فعليه تقصيره . وإن تصرف الشخص كوكيل دون نيابة . فلا ينصرف أثر تصرفه إلى الأصيل . ويستوى فى ذلك أن يكون الغير الذى تعاقد مع الوكيل عالماً بأن الوكيل يعمل دون نيابة أو غير عالم بذلك » . وإذا كان هذا الحكم قد ورد فى خصوص الوكالة ، إلا أن مضمونه يسرى أيضاً فى كل صور النيابة الأخرى .

النيابة عن الأشخاص المعنوية الخاصة كالشركات والجمعيات . فلو أن عقد تأسيس شركة ، مثلا ، علق قيام مديرها برهن عقاراتها على صدور قرار من مجلس إدارتها ، وصدر هذا القرار بالفعل . فإن قيام المدير بالرهن يقع صحيحاً ، حتى لو لم يأت ذلك القرار موثقاً بشكل رسمى . أو حتى لو كان عقد تأسيس الشركة نفسه غير وارد فى الشكل الرسمى ، وذلك مادام الرهن ذاته قد أبرم فى الشكل الرسمى بطبيعة الحال .

والأصل فى النيابة ، بحكم ذات طبيعتها أنها شخصية . فإن ثبتت لشخص معين ، ماكان له أن يمنحها لغيره . وذلك مالم يقض القانون أو الاتفاق بخلافه .

١٠٩ — ثانياً : حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل :

قوام النيابة وأساسها هو حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل فى إنشاء التصرف القانونى . فالذى يبرم التصرف هنا هو النائب . وليس الأصيل . والنائب ، فى إبرامه التصرف ، يعبر عن إرادته هو . ولايعبر عن إرادة الأصيل [١] . وإرادة النائب ، هى التى تتجه إلى إحداث الأثر القانونى المترتب عن التصرف . وهى التى ترتبه بالفعل . وحدها إن كنا بصدد تصرف صادر من جانب واحد . وعلى إثر اقترانها بإرادة المتعاقد الآخر ، إن كنا بصدد تصرف صادر من جانبين ، أى عقد . كل ما فى الأمر أن الإرادة هنا تتميز بأنها تنشئ الأثر القانونى ، لا فى حق صاحبها ، كما هى القاعدة العامة . ولكن فى حق شخص آخر ، هو الأصيل .

وإذا قلنا إن أساس النيابة هو أن النائب ، حينما يبرم التصرف عن الأصيل ، إنما يعبر عن إرادته هو ، كان طبيعياً أن نستلزم فى النائب ، توافر

(١) وهذا واضح تماماً فى أغلب تطبيقات النيابة القانونية ، حيث إن الأصيل فى بعضها يكون معدوم الإرادة تماماً ، وفى بعضها الآخر يكون إدراكه ناقصاً . فيأتى القانون ويجعل له نائباً يبرم له التصرف ، وتحل فى إبرامه إرادة النائب محل إرادة الأصيل . ولكن الحكم يسرى أيضاً فى كافة مظاهر النيابة الأخرى ، حتى الاتفاقية منها .

الإرادة . فمن تنعدم عنده الإرادة . كالصبي غير المميز والمجنون والمعتوه . لايصلح لإجراء التعاقد بالنيابة عن غيره . كما أنه لايصلح لإجرائه بالأصالة عن نفسه . وفى الحالتين . يقع تصرفه باطلا .

وإذا وصلنا إلى أنه يلزم فى النائب ، لكى يقع تصرفه عن الأصيل صحيحاً . أن تتوافر فيه الإرادة ، فإن تطبيق القواعد العامة يؤدى إلى عدم ضرورة توافر الأهلية عنده . إذ أن الأهلية لاتستلزم فى الشخص . إلا عند إجرائه تصرفاً من شأنه أن يرتب أثراً قانونياً يلحق ذات نفسه . والأثر الذى يترتب على التعاقد الذى يحصل بطريق النيابة . لايلحق النائب الذى يجريه ، وإنما ينصرف إلى الأصيل ، كما سيجئ بعد قليل . ومن هنا كانت الأهلية غير ذات موضوع فى مجالنا . وهكذا يسوغ . كقاعدة عامة ، لأى من ناقصى الأهلية ، مادامت الإرادة متوفرة عنده ، كالصبي المميز والمحجور عليه للسفه أو للغفلة ، أن يتعاقد بالنيابة عن غيره [١] . ويكون عقده هنا صحيحاً ، حتى لو كان من شأن هذا العقد ، لو أنه أبرمه عن نفسه . أن يقع باطلا أو قابلا للإبطال .

وإذا كانت القواعد العامة فى النيابة لاتحتم فى النائب توافر الأهلية ، فإن القانون يستلزم فيمن يتولى النيابة القانونية عن غيره توافر الأهلية بالنسبة إلى شئون نفسه . وهذا هو ماتقضى به المادة ٢ من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المـال بالنسبة إلى الولى . حيث جاء فيها : « لايجوز للولى مباشرة حق من حقوق الولاية ، إلا إذا توافرت له الأهلية اللازمة لمباشرة هذا الحق فيما يتعلق بماله هو ». وهو ما تقضى به أيضاً . بالنسبة إلى الوصي والقيم . المادتان ٢٧ و ٦٩ من القانون السابق ، حيث تنصان على وجوب أن يكون كل منها عدلا كفؤاً ذا أهلية .

بيد أن مايقضى به القانون من وجوب توافر الأهلية بالنسبة إلى من يتولى النيابة القانونية . لايقدح فى سلامة الحكم الذى يقضى بعدم ضرورة توافر

(١) انظر فى هذا الاتجاه : السنهورى ، المرجع السابق نبذة ٨٧ — أحمد حشمت أبو ستيت ، نظرية الالتزام فى القانون المدنى الجديد نبذة ١٢٦ — جمال ذكى المرجع السابق ، نبذة ٥٦ .

الأهلية فى النائب . باعتبار أنه ينهض مبدأ عاماً . ويمكن التمشى مع هذا المبدأ فى النيابة الاتفاقية . كالوكالة . حيث يترك اختيار النائب لإرادة الأصيل . فإن وكل الأصيل شخصاً آخر ، فى إجراء تصرف معين ، وأجراه الوكيل بالفعل ، وقع التصرف صحيحاً . حتى لو كان الوكيل عند إجرائه غير أهل لإبرام تصرف يماثله فى حق نفسه . مادامت الإرادة متوافرة لديه [١] .

يخلص مما سبق أن أساس النيابة هو حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل فى إجراء التصرف . بحيث إن النائب يعبر هنا عن إرادته هو . وبحيث إن إرادته هذه هى التى تنشئ التصرف . وهى التى ترتب الأثر القانونى المتولد عنه . أو تسهم فى ترتيبه مع إرادة المتعاقد الآخر ، على حسب الأحوال . وينتج عن ذلك أنه يلزم ، لاعتبار الشخص نائباً عن غيره فى إجراء التعاقد . أن يكون له بعض من حرية التقدير فى شأنه . إن لم يكن له كله . حتى يتاح لإرادته أن تظهر وتعمل . فإن انعدمت حرية التقدير لدى الشخص ، بحيث كان مجرد أداة لنقل إرادة الأصيل إلى الطرف الآخر ما اعتبر نائباً . بل مجرد رسول . والفارق جد كبير بين الاثنين . كما سيجئ بعد قليل .

وإذا كانت إرادة النائب هى التى تنشئ التصرف الذى يتم عن طريق النيابة . وجب أن نعتد بهذه الإرادة ذاتها . دون إرادة الأصيل . لتحديد ما إذا كان الرضاء بهذا التصرف قد قام صحيحاً ، أم أنه قد لحقه الفساد . بسبب أن عيباً قد شابه . وكذلك الشأن بالنسبة إلى تحديد حسن النية أو سوئها ، حيث يجب النظر فيهما إلى شخص النائب ، لا إلى شخص الأصيل . وفى ذلك تقضى المادة ١٠٤ فى فقرتها الأولى بأنه : « ١ — إذا تم العقد بطريق النيابة ، كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر فى عيوب الإرادة . أو فى أثر العلم ببعض الظروف الخاصة . أو افتراض العلم بها حتماً » .

---

(١) انظر : استئناف وطنى ٨ يونيه ١٩١٥ . المجموعة الرسمية س ١٦ ص ١٤٨ . وقد جاء فى هذا الحكم أنه يجوز للسفيه المحجور عليه أن يكون وكيلا عن الغير ، ولا تشترط فيه أهلية خاصة ، لأنه لا يعمل باسمه وإنما باسم موكله .

فعند النظر فيما إذا كان الرضاء الذى قام على أساسه التعاقد الحاصل بطريق النيابة قد وقع صحيحاً أم أن عيباً قد شابه ، يجب أن نعتد أساساً بإرادة النائب ، دون إرادة الأصيل .

فإن كانت إرادة النائب قد تعيبت ، نتيجة غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال ، وقع الرضاء فاسداً ، وكان العقد بالتالى قابلا للإبطال ، حتى لو كان الأصيل نفسه لم يقع ضحية للعيب . فإذا اشترى الوصى ، مثلا ، ساعة لحساب قاصره ، معتقداً أنها من الذهب الخالص ، فى حين أنها فى الحقيقة من الفضة المطلاة بالذهب ، تعيبت إرادته بالغلط ، وكان العقد قابلا للإبطال على أساسه ، على فرض توافر شروط إعماله ، حتى لو كان القاصر ، وهو الأصيل فى التعاقد والذى تنصرف إليه آثاره ، لم يقع فى الغلط ، بأن كان على بينة من حقيقة الساعة . ويسرى نفس الحكم ، لو أن الوصى كان ضحية للتدليس ، أو للإكراه أو للاستغلال ، دون القاصر .

أما إذا كان الأصيل هو الذى وقع ضحية لعيب من عيوب الرضاء ، حالة كون النائب الذى أجرى عنه التصرف ، لم يقع فى هذا العيب ، فإن الرضاء يعتبر سليماً ، والعقد بالتالى يقوم صحيحاً ، كأصل عام . فلو أن الوصى ، فى المثال السابق سرده ، كان عالماً بحقيقة الساعة التى اشتراها لحساب قاصره ، ولكن هذا القاصر هو الذى وقع فى غلط ، بأن كان يعتقد أن الساعة من الذهب الخالص ، فإن الرضاء بالبيع يعتبر سليماً ، والعقد بالتالى صحيحاً ، ولا يعتد بما وقع فيه القاصر من غلط .

وما قلناه بشأن عيوب الإرادة يسرى على حسن النية أو سوئها أو على تطلب العلم أو الجهل ببعض الظروف . فإن استلزم القانون ، لترتيب أثر معين أن يكون المتعاقد على علم ببعض الظروف الملابسة أو على جهل بها ، فإننا ، كقاعدة عامة ، نتقصى هذا العلم أو ذاك الجهل فى شخص النائب ، لا فى شخص الأصيل . فيلزم ، مثلا ، لصحة البيع ، أن يكون المشترى عالماً بالمبيع علماً كافياً ، وإلا كان للمشترى طلب إبطال البيع (المادة ٤١٩

مدنى) [١] . فإذا اشترى الولى شيئاً نيابة عن قاصره ، وجب تطلب العلم بالمبيع فى الأول دون الثانى [٢] .

يخلص مما سبق أنه ، اعتباراً بأن إرادة النائب تحل محل إرادة الأصيل فى إبرام التصرف ، وأنها هى التى تبرمه دون إرادة الأصيل ، فإنه يتوجب تقصى عيوب الرضاء فى شخص النائب ، دون الأصيل . بيد أن هذا الحكم ليس مطلقاً ، إذ أنه يتقيد بعض الشىء فى النيابة الاتفاقية . وذلك فى الحالة التى يتصرف فيها النائب الاتفاق وفقاً لتعليمات محددة تلقاها من الأصيل . ففى هذه الحالة ، يمتنع على الأصيل ، فى حدود تنفيذ تعليماته ، أن يتمسك بجهل نائبه أموراً كان يعلمها هو ، أو كان مفروضاً فيه حتماً أن يعلمها ، ويجب عندئذ الاعتداد بما شاب رضاء الأصيل من عيوب . وفى ذلك تقضى المادة ١٠٤ / ٢ بأنه : « ٢ — ومع ذلك إذا كان النائب وكيلا ويتصرف وفقاً لتعليمات معينة صدرت له من موكله ، فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو ، أو كان من المفروض حتماً أن يعلمها » [٣] .

---

(١) والحكم الذى أوردته المادة ٤١٩ مدنى والذى يتطلب لصحة عقد البيع أن يكون المشترى عالماً بالمبيع علماً كافياً يتوافق مع ما يقول به الفقه الإسلامى ، الذى هو من بعد تقنين لقول الرسول عليه أفضل صلوات الله : « من اشترى شيئاً لم يره ، فله الخيار إذا رآه » .

(٢) والمجلة تقول بحكم مماثل حيث تعتبر رؤية الوكيل بمثابة رؤية الأصيل مسقطة لخيار الرؤية (المادة ٣٣٣) ، بخلاف رؤية الرسول (المادة ٣٣٤) .

(٣) وحكم المادة ١٠٤ بفقرتيها الأولى والثانية مستوحى من نص المادة ١٦٦ من *القانون الألمانى* . ثم وجد النص المصرى مكانه الرحب فى المدونات العربية الأخرى التى نقلت عنه ، *كالقانون السورى* (المادة ١٠٥) ، *والقانون الليبى* (المادة ١٠٤) ، *والقانون الأردنى* (المادة ١١١) . وجاء القانون المدنى الكويتى بحكم مماثل ، وذلك فى المادة ٥٦ منه ، وإن أدخل على صياغة *الفقرة الثانية* من المـــادة ١٠٤ مصرى تعديلا هاماً ، وذلك من ناحيتين . فأورد أن حكمها يخص من تنشأ نيابته بمقتضى اتفاق ، بدلا من القول بأن حكمها يخص الوكيل . لأن النيابة الاتفاقية فى الحقيقة أعم من *الوكالة* ، وفق ما يذهب إليه الفكر القانونى المعاصر ، الذى أخذ يعزف عن الفكرة التقليدية التى ترى فى النيابة الاتفاقية مجرد وكالة . وفى هذا الخصوص ، اتجه القانون الكويتى إلى المصدر الأصلى للنص المصرى ، المتمثل فى الفقرة الثانية من المادة ١٦٦ من القانون الألمانى ، حيث خصت حكمها من تعهد إليه النيابة بمقتضى تصرف قانونى . والتعديل الثانى الذى أورده المشرع الكويتى أنه ذكر وجوب الاعتداد بشخص الأصيل بالنسبة =

فإذا وكل شخص آخر ، مثلا ، فى شراء بيت معين لحسابه ، فإنه لايستطيع أن يتمسك فى مواجهة البائع بأن وكيله لم يكن يعلم بالبيت الذى اشتراه له ، إذا كان هو يعلم به . وإذا كان الموكل قد فوض وكيله فى شراء البيت الذى عينه له فى حدود ثمن معين ، واشتراه الوكيل بالفعل فى حدود هذا الثمن ، فإنه يمتنع على الموكل أن يتمسك بوقوع النائب فى غلط فى أمر من أمور المنزل ، إذا كان هو نفسه لم يقع فى هذا الغلط . أما إذا كان الموكل فى الحالة التى نحن بصددها ، هو الذى وقع فى الغلط ، أمكنه أن يتمسك بإبطال البيع على أساسه .

وليس فى الحكم الذى ذكرناه حالا خروج ، فى الحقيقة ، على الأصل العام القاضى بأنه يعتد بشخص النائب لابشخص الأصيل فى تقصى عيوب الرضاء وفى العلم أو الجهل بالأمور الخاصة . إذ أن من يتولى أمر التعاقد لحساب غيره ، لايعتبر نائباً عنه ، إلا فى حدود ما يجيء فيه التعاقد تعبيراً عن ذات إرادته . فإن اقتصر أمره على تنفيذ تعليمات الأصيل ، غلبت عليه ، فى حدود تنفيذه تلك التعليمات ، صفة الرسول ، لاالنائب .

ويلاحظ أن مؤدى حرفية نص المادة ١٠٤ / ٢ أن يقتصر حكمه على علم الأصيل بظروف يجهلها وكيله . ومع ذلك ينبغى ، لاتحاد العلة ، تعميم هذا الحكم على حالة وقوع الأصيل ضحية لعيب من عيوب الرضاء [١] . إذ أن الوكيل ، فى حدود تنفيذ تعليمات موكله ، هو أقرب إلى أن يكون رسولا منه إلى أن يكون نائباً على نحو ما بيناه حالا .

١١٠ — ثالثاً : إجراء التصرف باسم الأصيل ولحسابه :

رأينا ، فيما سبق ، أساسين من أسس التعاقد بطريق النيابة ، يتمثل أولهما

= إلى عيوب الرضاء ، عندما لا يفعل النائب إلا تنفيذ تعليماته ، ولم يقتصر فى ذلك على علم الأصيل ببعض الظروف أو افتراض علمه بها . وفى ذلك تجديد تفرضه الملاءمة ويتفادى به عيب اتسمت به صياغة النص الألمانى ، ومن بعده النص المصرى وما تبعه من نصوص عربية أخرى (راجع المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى الكويتى فيما جاء فيها تعليقاً على المادة ٥٦ منه) .

(١) « انظر فى هذا الاتجاه : حشمت أبو ستيت ، المرجع السابق نبذة ١٢٧ » .

فى قيام النيابة فى ذاتها . ويتمثل الثانى فى حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل فى إبرام التصرف . والأساس الثالث لذلك النوع من التعاقد هو إجراء النائب التصرف باسم الأصيل ولحسابه .

فمن أسس النيابة أن يتعاقد النائب باسم الأصيل ولحسابه . أى بصفته نائباً عنه . ولا يكفى أن يضمر النائب هذا الأمر . بل يجب أن يعلنه للشخص الذى يتعاقد معه وقت التعاقد . أو فى الأقل أن يكون هذا الأخير عالماً به حينئذ من أى طريق آخر . أو مفروضاً فيه حتماً أن يعلم به . فإذا لم يعلن النائب لمن يتعاقد معه . عند التعاقد ، أنه يتعاقد معه بصفته نائباً ، ولم يعلم هذا الطرف الثانى بذلك من طريق آخر . ولم يكن مفروضاً فيه حتماً أن يعلم به . فإنه لا يجبر على اعتبار التعاقد حاصلا بينه وبين الأصيل . مالم تنتف مصلحته بالكلية فى تجاهله . بأن كان يستوى لديه أن يكون التعاقد حاصلا بينه وبين الأصيل . أو بينه وبين النائب بصفته الشخصية . وفى ذلك تقضى المادة ١٠٦ بأنه : « إذا لم يعلن العاقد وقت إبرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائباً . فإن أثر العقد لا يضاف إلى الأصيل دائناً أو مديناً . إلا إذا كان من المفروض حتماً أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة . أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب » .

فإذا لم يعلن النائب . عند التعاقد . لمن يتعاقد معه أنه يتعاقد بوصفه نائباً عن أصيله ، ولم يعلم المتعاقد معه حينئذ بصفته هذه من طريق آخر ، ولم يكن مفروضاً فيه حتماً أن يعلم بذلك وفقاً لظروف الحال ، فإن هذا الأخير . كأصل عام . لا يجبر على الاعتداد بوصف النيابة . ولا يجبر بالتالى على اعتبار التعاقد حاصلا بينه وبين الأصيل . وعلة هذا الحكم واضحة تماماً . فطالما أن المتعاقد مع النائب لم يعلم بأن شريكه فى العقد قد أبرمه معه بوصفه نائباً عن أصيل معين . ولم يكن مفروضاً فيه حتماً أن يعلم بهذا الأمر . فإنه لم يقصد بالضرورة التعاقد مع هذا الأصيل . وإنما أراد أن يكون التعاقد بينه وبين النائب بصفته الشخصية . ومن هنا كان حقه فى تجاهل الأصيل . وعدم اعتبار العقد قائماً معه . إذا أراد ذلك بطبيعة الحال .

يخلص من كل ماسبق أنه يلزم ، لاعتبار التعاقد حاصلا بطريق النيابة ، أن يبرم النائب العقد باسم الأصيل ولحسابه .

وإذا كانت القاعدة هي أنه يتوجب على النائب أن يعلن لمن يتعاقد معه ، عند إبرام العقد ، أنه يبرمه باسم الأصيل وبوصفه نائباً عنه ، إلا أنه يرد على هذا الأصل الاستثناءان الآتيان :

١ — إذا كان الشخص الذى تعاقد معه النائب عالماً ، عند التعاقد ، بأن هذا الأخير قد تعاقد معه بهذه الصفة ، أو فى الأقل كان من المفروض حتماً أن يعلم بذلك . ومثال هذه الحالة أن يذهب شخص إلى محل تجارى ، فيشترى سلعة معروضة للبيع فيه من أحد مستخدميه . فهنا يعتبر المستخدم أنه قد أجرى البيع بالنيابة عن صاحب المحل التجارى . إذا أن المشترى كان يعلم عند الشراء بصفته هذه ، أو فى الأقل كان من المفروض عليه حتماً أن يعلم بها . وهكذا فالعلم من المتعاقد الآخر بالنيابة ، أو حتى كون الظروف تملى عليه حتماً أن يعلم بها ، يقعان بمثابة إخطاره بها من النائب .

٢ — إذا كان يستوى عند من تعاقد مع النائب أن يعتبر التعاقد حاصلا معه هو ، أو مع الأصيل . ومثال هذه الحالة أن يزمع شخص شراء منزل أو أرض بصفته ولياً عن ابنه القاصر ، ويبرم الشراء بالفعل ، دون أن يعلن للبائع صفته هذه ، فى هذه الحالة ، إذا كان البائع قد قبض الثمن كاملا ، فإنه يستوى لديه أن يكون التعامل حاصلا بينه وبين الابن أو بينه وبين الأب . فإذا أراد هذا الأخير أن يكون التعاقد حاصلا لحساب ابنه ، كان له ماأراد ، وحق له إلزام البائع على أن يجاريه فيه . إذ أنه لا مصلحة هنا للبائع فى عدم التجاوب مع الأب فيا أراده . ولادعوى بلا مصلحة .

١١١ — وإذا لزم ، لاعتبار التعاقد حاصلا بطريق النيابة ، أن يكون النائب قد أعلن لمن أجرى التعاقد معه بأنه يعمل باسم الأصيل ولحسابه ، أو كان هذا الأخير عالماً بالنيابة من طريق آخر ، أو كان مفروضاً فيه حتماً أن يكون عالماً بها ، إذا لزم ذلك ، خرجت عن نطاق النيابة الحالة التى

يريد فيها شخص إبرام صفقة معينة لنفسه، دون أن يظهر بشخصه كطرف فيها فيتفق مع آخر على أن يبرمها باسمه (باسم هذا الآخر) ، على أن تنصرف آثارها إليه هو بطريقة أو بأخرى . وهذه حالة التعاقد بطريق التسخير أو الاسم المستعار [١] prète-nom . ومثال هذه الحالة أن يريد زيد شراء أرض من غير أن يظهر كمشتر لها ، فيلجأ إلى بكر ، ويتفق معه على شراء هذه الأرض باسمه (باسم بكر) ، على أن تنصرف آثار الشراء إليه هو (إلى زيد) ؛ فهنا لا يعتبر التعاقد ، بالنسبة إلى البائع ، حاصلا بطريق النيابة ، ويسوغ له أن يتجاهل زيداً ؛ ويصر على اعتبار بكر هو المتعاقد معه بصفته الشخصية دونه ، مالم يستو لديه أن يكون التعاقد حاصلا بينه وبين بكر أو بينه وبين زيد .

ولا يعتبر كذلك تعاقداً بطريق النيابة ذاك الذى يجريه الوكيل بالعمولة [٢] ، وذلك فى علاقته مع من يجرى التعاقد معه، برغم أنه يجريه لحساب الموكل،

---

(١) و (٢) على أنه يلاحظ فى التعاقد بطريق التسخير أو الاسم المستعار من ناحية ، وفى الوكالة بالعمولة من ناحية أخرى ، أن الخروج عن نطاق النيابة لا يكون إلا بالنسبة إلى من يتعاقد مع من يعير اسمه أو مع الوكيل بالعمولة . أما فى العلاقة بين من يعير اسمه ومن يستعيره، أو فى العلاقة بين الوكيل بالعمولة وموكله ، فالنيابة تعتبر قائمة ويعمل بها فى حقهما ، الأمر الذى يتعين معه على من يعير اسمه أو على الوكيل بالعمولة أن ينقل آثار التصرف الذى يجريه مع من يتعاقد معه إلى من استعار اسمه أو إلى من وكله . وهكذا توجد النيابة هنا بين النائب والأصيل وحدهما ، دون الغير الذى يتعاقد النائب معه . ولما كانت هذه النيابة القاصرة المحدودة لا تكون إلا فى حالة النيابة الاتفاقية المتمثلة أساساً فى الوكالة ، ولما كانت تلك الوكالة لا تظهر لغير طرفيها ، فقد جرى الفقه والقضاء على تسميتها بالوكالة المستترة . انظر فى خصوص التعاقد بالإسم المستعار : نقض ١٩ أكتوبر ١٩٧٦ ، طعن ٤٥٨/٤٠ق مجموعة النقض س ٢٧ ص ١٤٦٧ قاعدة ٢٧٨ . وقد جاء فى هذا الحكم « أنه يجوز للوكيل أن يبرم العقد الذى تخوله الوكالة إصداره ، لا بصفته وكيلا ولكن بصفته أصيلا ، ذلك أن وكالته فى هذه الحالة تكون مستترة ، ويعتبر وكأنه أعار اسمه للأصيل الذى وكله فى إبرام العقد . وحكم هذه الوكالة المستترة أنها ترتب قبل الأصيل جميع الآثار القانونية التى ترتبها الوكالة السافرة ، فينصرف أثر العقد المبرم إلى الأصيل ، وإلى من يتعاقد مع الوكيل المستتر » . ويلاحظ أن الشطر الأخير من عبارة الحكم غير صحيح . فالمتعاقد مع صاحب الاسم المستعار لا يلزم بأن ينصرف أثر العقد بينه وبين من يستعيره إلا إذا أراد هو ذلك ، إذ أن الفرض أنه يجهل الوكالة . وانظر أيضاً نقض ٢٦ نوفمبر ١٩٦٤ ، طعن ١٧/٣٠ق مجموعة أحكام النقض س ١٥ ص ١٠٧٣ قاعدة ١٥٨ . =

فى نظير عمولة يقتضيها منه . لأن الوكيل بالعمولة يجرى التصرف مع العملاء باسمه هو شخصياً ، وليس باسم الموكل .

١١٢ — أثر عدم إعلان النائب صفته :

رأينا أن يلزم ، لاعتبار التعاقد حاصلا بطريق النيابة ، أن يعلن النائب لمن يتعاقد معه ، عند التعاقد ، أنه يبرم العقد باسم الأصل ولحسابه ، بوصفه نائباً عنه ، أو أن يكون المتعاقد معه عالماً بذلك أو مفروضاً فيه أن يعلم به حتماً أو أن يستوى لديه أن يكون التعاقد حاصلا بينه وبين النائب بشخصه أو بينه وبين الأصيل ، اعتباراً بأنه لادعوى بلا مصلحة . وإذا حصل شيء من ذلك توجب على من تعاقد معه النائب الاعتداد بالأصيل ، واعتبار أن التعاقد قد تم بينه وبينه . وتنصرف إليهما وحدهما بالتالى آثار العقد ، دون النائب الذى تعتبر مهمته قد انتهت بإبرام العقد لحساب الأصيل .

ولكن ما الحكم إذا لم يعلن النائب ، عند التعاقد صفته ، ولم يعلم بها المتعاقد الآخر ، ولم تكن ظروف الحال تفرض عليها أن يعلم بها حتماً ، وكانت لمن تعاقد معه النائب ، بعد ذلك كله ، مصلحة ظاهرة فى عدم اعتبار التعاقد حاصلا بينه وبين الأصيل ؟

القاعدة فى ذلك أنه إذا لم يكن المتعاقد مع النائب مجبراً على اعتبار التعاقد حاصلا بينه وبين الأصيل ، ولم يرتضه ، اعتبر التعاقد حاصلا بينه وبين النائب شخصياً ، دون أن يكون للنائب أن يتمسك بانصراف إرادته إلى التعاقد باسم الأصيل .

ففى الحالة التى نحن بصددها يكون لمن تعاقد مع النائب الخيار بين أمرين : فإما أن يرتضى أن يكون التعاقد حاصلا بينه وبين الأصيل ، وإما أن

= وقد جاء فى هذا الحكم أن من يعير اسمه ليس إلا وكيلا لمن أعاره ، ولكن الوكالة مستترة . ومقتضى ذلك أن الصفقة تتم لمصلحة الموكل ولحسابه ، فيكسب كل ما ينشأ من التعاقد من حقوق ، ولا يكسب الوكيل من هذه الحقوق شيئاً » . وانظر كذلك : نقض ١١ يناير ١٩٧٣ ، طعن ٢٨٠/٧٣ق مجموعة أحكام النقض س ٢٤ ص ٧٣ قاعدة ١٤.

يصر على أن يتجاهل الأصيل ، وأن يكون التعاقد حاصلا بينه وبين النائب باعتبار شخصه ، وليس باعتباره نائباً .

فإذا اختار المتعاقد مع النائب الأمر الأول ، فمؤدى ذلك أنه يتجاوب مع إدعاء النائب بأنه تعاقد معه بوصفه نائباً عن الأصيل ، ومن ثم يقوم التعاقد بينه وبين الأصيل . وليس فى هذا الأمر مايستدعى الإيضاح ، اللهم إلا بيان أن اعتبار التعاقد هنا حاصلا مع الأصيل . إنما يجيء برضاء الطرف الثانى واختياره ، دون ماجبر عليه فى ذلك ، بخلاف الحالة التى يعلن فيها النائب صفته عند التعاقد . أو يكون الطرف الثانى عالماً بها حينئذ . أو مفروضاً فيه حتماً أن يعلم بها ، أو حتى كان يستوى لديه أن يكون المتعاقد معه هو النائب بشخصه أو هو الأصيل ، حيث يكون الطرف الثانى هنا مجبراً على أن يكون تعاقده مع الأصيل . وليس مخيراً فيه . على نحو ماسبق لنا بيانه . وأبرزته المادة ١٠٦ مدنى .

أما إذا لم يرتض المتعاقد مع النائب أن يكون تعاقده مع الأصيل ، جاز له ذلك . وحق له أن يتمسك بقيام التعاقد بينه وبين النائب شخصياً . أى باعتبار ذاته . وليس بوصفه نائباً عن أصيله . وهذا هو خياره الثانى .

والحق إنه يمكن لهذه المسألة أن تترك مجالا لبعض من الشك . ذلك لأنه قد يقال إنه إذا كان المتعاقد مع النائب قد قصد . فى حالتنا ، التعاقد مع النائب باعتبار ذاته . فإن النائب نفسه لم يقصد أن يتعاقد على هذا الاعتبار . ومن شأن هذه المقولة ، لو أعملناها بذاتها . أن تؤدى إلى بطلان العقد بالكلية . اعتباراً بأن الإرادتين لم تتلاقيا .

وهذا النظر على وجاهته يقابله نظر آخر ربما كان أولى بالاتباع . إذ أن المتعاقد مع النائب من جهته — والفرض أنه لم يخطر بالنيابة ولم يعلم بها — قد قصد التعاقد مع النائب ، لا بصفته وإنما بذات نفسه . أما النائب . فحتى لو قصد فى قريرة نفسه أن يكون التعاقد حاصلا باسم الأصيل ولحسابه. واستطاع إثبات ذلك على شديد عسره ، إلا أنه طالما لم يعلن عن قصده ذاك . فلا يعتد

به . لأن العبرة فى مقصود المتعاقد بما يظهر للعالم الخارجى عن طريق التعبير عنه . وهو ما أرادت المادة ٨٩ أن تستظهره بقولها إن العقد يتم بتبادل الطرفين « التعبير عن إرادتين متطابقتين » . فالقانون لا يدخل فى اعتباره مجرد النية . إذ ظلت حبيسة النفس، تقنع بأن تخالج الفؤاد والضمير . وإنما يتحتم لذلك أن يعبر صاحبها عنها . ثم إن النائب . بعدم إعلانه عن إبرامه التصرف لحساب أصيله ، يرتكب خطأ من شأنه أن يحمله بتعويض الطرف الآخر إعمالا للمسئولية التقصيرية . وخير تعويض هنا هو التعويض العينى المتمثل فى الاعتداد بالصفقة على نحو ما اعتقده هذا الطرف الآخر . أى على اعتبار أنها حاصلة مع النائب بصفته الشخصية .

١١٣ — رابعاً : التزام النائب حدود نيابته :

تناولنا . فيما سبق . المقومات أو الشروط الثلاثة الأولى للتعاقد بطريق النيابة . وهى ثبوت صفة النيابة فيمن يجرى التعاقد . وحلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل فى إبرام التصرف . وإجراء النائب التصرف باسم الأصيل ولحسابه . والشرط الرابع والأخير هو التزام النائب حدود نيابته . دون تجاوز لها .

فيلزم . لاعتبار التعاقد حاصلا بطريق النيابة . ومن ثم لانصراف أثره إلى الأصيل . أن يكون النائب قد أجراه فى حدود سلطة النيابة الممنوحة له . فإن خرج النائب عن حدود نيابته . كما إذا باع الولى (الأب) عقار أولاده القصر الذى آلت ملكيته إليهم بطريق الشراء من مال والدتهم دون أن يحصل على إذن المحكمة . بمخالفة المادة ٧ من قانون الولاية على المال التى تستلزم هذا الإذن [١] ، وكما إذا قايضت الوصية على أموال قاصرها بغير الحصول

---

(١) انظر نقض ٣١ يناير ١٩٧٧ ، طعن ٥٠٨/٤٢ ق مجموعة أحكام النقض س ٢٨ ص ٣١٠ .

على إذن المحكمة بمخالفة المادة ٣٩ من قانون الولاية على المـال [1] . وكما إذا وكل شخص رجلا فى تأجير ماله ، فجاء الوكيل وباع هذا المال [2] . فإن تصرف النائب لايعتبر هنا حاصلا بالنيابة عن الأصيل ، وهو بالتالى لا ينفذ فى حق هذا الأخير مالم يحصل إقراره وفقاً للقانون [3] ، شأن النائب الذى يتجاوز حدود نيابته هذا شأن من لم تثبت له النيابة أصلا ، فكلاهما يعتبر فى حكم الأجنبي عن صاحب الشأن ، ولايسرى من ثم تصرفه عليه ، مالم يحصل إقراره وفقاً للقانون . وهذا الحكم ، فضلا عن أن القواعد القانونية العامة لنظرية العقد تقضى به ، فإنه يمكن استخلاصه بمفهوم المخالفة عن حكم المادة ١٠٥ .

١١٤ — ومن البداهة أنه يلزم ، لكى يعتبر النائب أنه قد تصرف فى حدود نيابته ، أن تكون تلك النيابة قائمة لم تنقض عند إجراء التصرف . فإن زالت النيابة عن شخص ، بأن كان وكيلا ، مثلا . وتم عزله أو مات موكله . أو كان وصياً ثم عزل من الوصاية أو انتهت عنه ببلوغ قاصره سن الرشد أو بموته ، إن زالت النيابة بأى سبب . فإن كل تصرف يجريه

---

(١) انظر نقض ٢١ يناير ١٩٦٥ طعن ٣٠/١٠٧ ق مجموعة أحكام النقض س ١٦ ص ٧٣ قاعدة ١٢ .

(٢) انظر نقض ١٤/٤/١٩٧٣ ، طعن ٣٨/٢٢ ق مجموعة أحكام النقض س ٢٤ ص ٦٠٨ قاعدة ١٠٧ .

(٣) يلاحظ أن محكمة النقض جاءت ، فى حكم صادر منها فى ٢١ يناير ١٩٦٥ (طعن ٣٠/١٠٧ق مجموعة النقض س ١٦ ص ٧٣ قاعدة ١٢)، تقول إن تصرف النائب الذى يتجاوز به حدود نيابته يقع باطلا بطلاناً نسبياً لمصلحة الأصيل (نفس الاتجاه : تمييز الكويت ٢/٣/١٩٧٦ طعن ٤٨/١٩٧٤ تجارى) . والتكييف الصحيح هو أن العقد هنا يقع غير نافذ فى حق الأصيل . لأن البطلان النسبى ، وبعبارة أدق القابلية للإبطال لا يكون إلا فى العلاقة بين طرفى العقد . والنائب الذى يتجاوز حدود نيابته يكون فى حكم الغير . وقد عادت محكمتنا العليا إلى التكييف الصحيح فى أحكامها التالية ، حيث قضت بأن العقد فى حالتنا يقع غير نافذ فى حق الأصيل (انظر : نقض ٣١ يناير ١٩٧٧ الصادر فى الطعن ٤٢/٥٠٨ق مجموعة أحكام النقض س ٢٨ ص ٣١٠ — نقض ١٤ إبريل ١٩٧٣ ، مجموعة أحكام النقض س ٢٤ ص ٦٠٨ . وقد سبقت الإشارة إلى هذين الحكمين) .

النائب بعد ذلك يعتبر بالضرورة خارجاً عن حدود نيابته ، ولايسرى بالتالى فى حق الأصيل ، إلا إذا أقره . هذا هو الأصل العام .

بيد أن هذا الأصل ليس مطلقاً . فقد أوردت عليه المادة ١٠٧ استثناءاً هاماً ، حيث جاءت تقضى بأنه : « إذا كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معاً وقت العقد انقضاء النيابة ، فإن أثر العقد الذى يبرمه . حقاً كان أو التزاماً . يضاف إلى الأصيل أو خلفائه » .

فإذا انتهت النيابة ، ثم أجرى النائب التصرف باسم الأصيل . حالة كونه هو ومن تعاقد معه يجهلان معاً انتهاء نيابته . كما إذا كان الموكل أو القاصر قد مات دون علم من هذا ومن ذاك على السواء . فإن التعاقد يعتبر أنه قد تم من النائب بوصفه هذا ، وبالتالى تنصرف آثاره إلى الأصيل ، إن كان حياً ، وإلى خلفائه من بعده إن كان قد مات . ويلاحظ أنه يلزم للعمل بحكم النيابة هنا أن يكون كل من النائب ومن تعاقد معه جاهلا كلاهما انتهاءها [١] ، فلا يكفى أن يجهله أحدهما دون الآخر [٢] . كما أنه يلاحظ أن محكمة النقض قد توسعت وبحق فى إعمال حكم المادة ١٠٧ ، فجعلته يسرى على إجراءات التداعى أمام المحاكم ، مقررة صحة هذه الإجراءات . حتى ماجاء منها فى مواجهة النائب بعد زوال نيابته ، مادامت المحكمة لم تنبه إلى زوالها [٣] .

---

(١) ولعل التوفيق قد جانب مشرعنا فى صياغة المادة ١٠٧ . فقد كان من الأوفق . على الأقل بالنسبة إلى النيابة الاتفاقية ، أن يكتفى بالقول ببقاء النيابة قائمة ، بجهل النائب المتعاقد مع انتهاءها ، إذا كان له من ظروف التعاقد ما يعذره عن الوقوع فيه ، استقراراً للمعاملات من وجه ، وتمشياً مع القاعدة العريقة التى تقضى بأن المظهر الخادع يحمى المخدوع ، أو كما يقال عادة وإن كان بعبارة أقل دقة ، الخطأ الشائع يوكد الحق ، من وجه آخر .

(٢) انظر نقض ٣٠ مايو ١٩٦٣ ، طعن ١٦٠/٢٨ق مجموعة أحكام النقض س ١٤ ص ٧٥٩ قاعدة ١٠٧ . وقد جاء فى هذا الحكم أن شرط إضافة أثر العقد الذى يبرمه النائب مع الغير إلى الأصيل أو خلفائه بعد انقضاء النيابة هو أن يكون النائب والغير كلاهما معا جاهلين إنقضاء النيابة وقت التعاقد .

(٣) انظر نقض ١٥ ديسمبر ١٩٦٦ ، طعن ١٥٩/٣٢ق مجموعة أحكام النقض س =

١١٥ — أثر النيابة :

إذا تم التعاقد بطريق النيابة . وتوافرت الشروط التي حددناها ، فإن التصرف الذى يجريه النائب ينتج آثاره ، لا فى حقه هو . ولكن فى حق الأصيل . وفى هذا تقضى المادة ١٠٥ بأنه : « إذا أبرم النائب فى حدود نيابته عقداً باسم الأصيل ، فإن ماينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف إلى الأصيل » [١] .

فالحقوق والالتزامات التى تترتب على التعاقد بطريق النيابة تنصرف إلى الأصيل ، لاإلى النائب . وهى تنصرف إليه مباشرة . أى من غير المرور بذمة النائب . وهكذا يسوغ للأصيل أن يطالب المتعاقد الآخر مباشرة بالحقوق التى رتبها التعاقد الحاصل بوساطة نائبه . وكذلك يجوز لهذا المتعاقد الآخر أن يطالب الأصيل بحقوقه المتولدة من العقد ، دون أن يكون له مطالبة النائب ، باعتبار ذاته ، بشىء منها . وعلى العموم يعتبر الأصيل هو المتعاقد مع الطرف الآخر [٢] . دون نائبه .

---

١٧ ص ١٦٨٠ قاعدة ١٣٨ . وقد قضى هذا الحكم بأن بلوغ الخصم القاصر سن الرشد أثناء = سير الدعوى ، واستمرار والدته الوصية عليه فى تمثيله ، دون تنبيه المحكمة ، لا يمنع من اعتبار حضورها عنه منتجاً لإثارة القانونية على أساس من النيابة الاتفاقية . وخلصت إلى صحة اختصامها كممثلة له فى الاستئناف الذى يرفع عن الحكم الصادر فى الدعوى . وأنظر أيضاً : نقض ١٨ نوفبر ١٩٧٦ طعن ٥٨٩/٤٢ق مجموعة أحكام النقض س ٢٧ ص ١٦١٩ قاعدة ٣٠٠ .

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى عن المادة ١/١٤٨ التى أصبحت ، بعد تعديل طفيف فى الصياغة ، المادة ١٠٥ من القانون ، ما يأتى : « إذا كان شخص النائب هو الواجب الاعتداد به فيما يتعلق بإتمام العقد ، فعلى النقيض من ذلك ينبغى أن يرجع إلى شخص الأصيل وحده ، عند تعيين مصير آثاره . فالأصيل دون النائب هو الذى يعتبر طرفاً فى التعاقد ، وإليه تنصرف جميع آثاره ، فيكسب مباشرة كل ما ينشأ عنه من حقوق ، ويقع على عاتقه كل ما يترتب عنه من التزامات . ولعل هذا الأثر المباشر أهم ما أحرز القانون الحديث من تقدم فى شأن النيابة القانونية » .

(٢) انظر نقض ٢٦ مارس ١٩٧٤ ، طعن ١٦٧/٣٩ق مجموعة أحكام النقض س ٢٥ ص ٥٧٥ وقد جاء فى هذا الحكم أن الأصيل لا يعتبر غيراً ، فهو ممثل فى التصرف بوكيله الذى أبرمه لحسابه .

وهكذا فإن كان النائب هو الذى ينشىء التصرف ، فإنه يختفى تماماً عند إعمال أثره ، ولا يصح له التمسك بهذا الأثر بصفته الشخصية [(١)] . فالعقد يعتبر قائماً بين الأصيل وبين المتعاقد الآخر ، وليس بين هذا الأخير وبين النائب ، الذى لم يكن إلا مجرد أداة لإبرام العقد لحساب الأصيل .

وإذا كان مقتضى النيابة أن تنصرف آثار العقد الذى يبرم عن طريقها إلى الأصيل ، الذى يعتبر كما لو كان هو الذى أبرم العقد بذات نفسه . إلا أن ذلك لايقع ولاتسرى آثار العقد فى مواجهة الأصيل . إذا ثبت أن النائب قد أجراه بالغش والتواطؤ مع من تعاقد معه إضراراً بالأصيل . إذ أن الغش يفسد كل شىء[(٢)] .

١١٦ — انتهاء النيابة :

إذا انتهت النيابة ، فقد النائب الصفة التى كانت ثابتة له فى تمثيل الأصيل وأصبح بذلك من الغير بالنسبة إليه . ومن ثم فالتصرفات التى يجريها بعدئذ باسمه تعتبر غير نافذة فى حقه ، مالم يحصل إقرارها وفقاً للقانون ، وذلك مع استثناء الحالة المنصوص عليها فى المادة ١٠٧ ، والتى عرضنا لها فيما سبق [(٣)] .

ولسنا هنا بصدد بيان أسباب انتهاء النيابة . فهى تختلف باختلاف حالاتها المتنوعة العديدة والمبعثرة فى نواح كثيرة من القانون . وإنما يهمنا هنا أن نبرز حكماً عاماً مشتركاً يسرى فى جميع حالات انتهاء النيابة . ومؤداه التزام النائب أن يرد ، فور انتهاء نيابته ، ماعساه أن يكون قد تسلمه كدليل لثبوتها

---

(١) وان كان له بالضرورة أن يطالب بإعمال هذا الأثر فى حق الأصيل بوصفه نائبا عنه ، إذا كانت نيابته عنه قائمة وقتذاك .

(٢) انظر فى ذلك : نقض ٧ إبريل ١٩٧٦ ، طعن ٢/٢٧٣ ؛ ق مجموعة أحكام النقض س ٢٧ ص ٨٨٦ قاعدة ١٦٩ . وقد جاء فى هذا الحكم : « لئن كان الأصل ، وفقاً للمادة ١٠٥ من القانون المدنى ، أن ما يبرمه الوكيل فى حدود وكالته ينصرف إلى الأصيل . إلا أن نيابة الوكيل عن الموكل تقف عند حد الغش . فإذا تواطأ الوكيل مع الغير للإضرار بحقوق موكله ، فإن التصرف على هذا النحو لا ينصرف أثره إلى الموكل » .

(٣) راجع ما سبق ، نبذة ١١٤ .

له ، كما إذا كان قد تسلم صورة من عقد توكيل مثلا ، أو صورة حكم بتعيينه وصياً أو حارساً قضائياً ، أو كان قد تسلم ملابس أو نحوها مما تجعله الشركات أو الهيئات زياً خاصاً لمن تنيبه عنها فى تحصيل مستحقاتها .

١١٧ — التعاقد مع النفس :

مؤدى إعمال نظرية النيابة إمكان أن يتعاقد الشخص مع ذات نفسه ، بمعنى أن يبرم هو وحده العقد وإن تعددت صفته ، دون أن يسهم أحد آخر معه فى إنشائه . ويتصور هذا الوضع فى إحدى حالتين :

(الأولى) أن يبرم شخص العقد بصفته أصيلا عن نفسه ونائباً عن غيره ، كما إذا وهب الأب ، بصفته الشخصية ، ماله لابنه ، ثم قبل الهبة ، بصفته ولياً عنه ، وكما إذا أبرم مدير الشركة بصفته الشخصية عقد وديعة مع الشركة نفسها باعتباره ممثلها القانونى [1] .

(الثانية) أن يبرم شخص العقد بصفته نائباً عن كل من طرفيه ، كما إذا باع الأب مال أحد أبنائه لابن ثان له ، بوصفه ولياً عن الاثنين .

وإذا كان إعمال نظرية النيابة يجيز فى ذاته التعاقد مع النفس ، إلا أن ملابسات هذا النوع من التعاقد تدعو إلى شيء من الارتياب فيه ، بالنسبة إلى الأعم الأغلب من حالاته . إذ أنه من المحتمل أن يؤثر المتعاقد مع نفسه مصلحته هو على مصلحة من ينوب عنه ، أو يؤثر مصلحة أحد ممن ينوب عنهما على حساب الآخر . من أجل ذلك ، نجد الشرائع المختلفة لا تقر نظام التعاقد مع النفس فى عمومه وشموله ، وإن تغايرت منها الوسيلة . فمنها مايجيزه كقاعدة ، ويحرمه فى بعض الحالات على سبيل الاستثناء ، كالقانون الفرنسى وكقانوننا المصرى القديم ، وفقاً للرأى السائد فيه على الأقل . ومن الشرائع ما يحرم نظام التعاقد مع النفس كقاعدة ، وإن أجازه فى بعض الحالات على سبيل الاستثناء ، كالقانون الألمانى (المادة ١٨١)

---

(١) انظر نقض ١٩/١٢/١٩٦٣ طعن ٢٨/٢٩ق مجموعة أحكام النقض س ١٤ ص ١١٧٣ قاعدة ١٦٩ .

والفقه الإسلامي [٢] . وقد جاء قانوننا المدنى الحالى مع هذه الفصيلة الأخيرة ، قاضياً فى المادة ١٠٨ بأنه : « لايجوز لشخص أن يتعاقد مع نفسه باسم من ينوب عنه ، سواء أكان التعاقد لحسابه هو أم لحساب شخص آخر . دون ترخيص من الأصيل . على أنه يجوز للأصيل فى هذه الحالة أن يجيز التعاقد . كل هذا مع مراعاة مايخالفه ، مما يقضى به القانون أو قواعد التجارة » .

وهكذا فالتعاقد مع النفس يقع ، فى ظل قانوننا المصرى . غير سائغ ، كقاعدة عامة . وتطبيقاً لهذه القاعدة . جاءت المادة ٤٧٩ مدنى تقضى بأنه : « لايجوز لمن ينوب عن غيره بمقتضى اتفاق أو نص أو أمر من السلطة المختصة أن يشترى بنفسه مباشرة أو باسم مستعار ولو بطريق المزاد العلنى ما نيط به بيعه بموجب هذه النيابة مالم يكن ذلك بإذن القضاء ومع عدم الإخلال بما يكون منصوصاً عليه فى قوانين أخرى » [٢] .

وإذا كانت القاعدة العامة هى أنه لايجوز للشخص أن يتعاقد مع نفسه . إلا أن هذه القاعدة ليست مطلقة . إذ يرد عليها الاستثناءان الآتيان :

١ — إذا رخص الأصيل للنائب أن يبرم العقد مع نفسه . ساغ له ذلك . مثال هذه الحالة ، أن يوكل شخص آخر فى بيع مال له أو فى إيجاره . مع الترخيص له فى أن يشتريه أو يستأجره لنفسه .

٢ — ويشمل الاستثناء الثانى الحالة التى يقضى فيها القانون أو قواعد التجارة بإمكان التعاقد مع النفس . فإذا قضى القانون ، فى حالة معينة ، بإجازة التعاقد مع النفس . تحتم العمل بحكمه . ومثال ذلك ماتقضى به المادة ١٤ من القانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بأحكام الولاية على المال من أنه :

---

(١) راجع المادة ١٤٨٨ من مجلة الأحكام العدلية فى شأن الوكالة بالشراء ، والمادة ١٤٩٦ فى شأن الوكالة بالبيع .

(٢) وقد توسع المشرع فى هذا الأمر ، فلم يجز للسماسرة ولا للخبراء أن يشتروا الأموال المعهود إليهم فى بيعها أو فى تقدير قيمتها ، سواء أكان الشراء بأسمائهم أم باسم مستعار (المادة ٤٨٠) . وذلك فى حين أن السمسار والخبير لا يعتبران نائبين فى كل الأحوال .

« للأب أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر سواء كان ذلك لحسابه هو أم لحساب شخص آخر إلا إذا نص القانون على غير ذلك » [١] . وكذلك إذا قضت قواعد التجارة بإمكان أن يتعاقد الشخص مع نفسه ، ساغ هذا النوع من التعاقد . ومثال هذه الحالة ماتقضى به قواعد البورصات من إمكان أن يبرم السمسار الصفقة مع نفسه ، كما إذا كان قد كلفه شخص ببيع كمية من الأوراق المالية . وكلفه آخر بشراء هذه الكمية .

هذان هما الاستثناءان اللذان يردان على القاعدة العامة التى تقضى بعدم إمكان التعاقد مع النفس . وفى غيرهما : يبقى المبدأ العام سليماً .

وإذا حصل التعاقد مع النفس . حالة كونه غير جائز قانوناً ، فإنه لايترتب على ذلك بطلانه ، بل مجرد اعتباره غير سار فى حق الأصيل . مالم يقره . فالقانون بمنعه التعاقد مع النفس . يستهدف حماية الأصيل من نائبه . وسبيله إلى ذلك فرض قيد عام يرد على النيابة ويتضمن هذا المنع . فإن تعاقد النائب مع نفسه ، ولم يكن ذلك مسموحاً به قانوناً . اعتبر أنه فى تعاقده هذا خارجاً عن حدود نيابته . ويترتب على ذلك أن هذا التعاقد يعتبر ، بالنسبة إلى الأصيل . كما لو كان قد وقع من أجنبى ، أى أنه لاينفذ فى حقه إلا إذا أقره [٢] . وقد تضمنت المادة ١٠٨ هذا الحكم . فبعد أن قررت

---

(١) ومن الحالات التى ينص فيها القانون على عدم إجازة تعاقد الأب مع نفسه ما تقضى به المادة ٦ من قانون الولاية على المال من أنه لا يجوز للولى ، حتى لو كان أباً ، أن يتصرف فى عقار القاصر لنفسه أو لزوجه أو لأقاربه أو أقاربها إلى الدرجة الرابعة إلا بإذن المحكمة .

(٢) ويلاحظ أنه قد جاء فى المذكرة الإيضاحية عن المادة ١٦١ من المشروع التمهيدى ، التى أصبحت ، بعد تعديل طفيف فى الصياغة ، المادة ١٠٨ من القانون ، جاء فى هذه المذكرة أن التعاقد مع النفس ، عند عدم جوازه قانوناً ، يقع قابلا للإبطال لمصلحة الأصيل (راجع مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ١٠٦) . وهذا من المذكرة غير سديد . إذ أن التكييف القانونى السليم مقتضاه أن التعاقد مع النفس ، فى الحالة التى نحن بصددها ، يقع غير نافذ فى حق الأصيل ، كما قلنا فى المتن . وقد تمشت محكمة النقض مع هذا الرأى ، فقضت أن الوديعة التى يجريها مدير الشركة بصفته الشخصية مع الشركة ذاتها ، بوصفه ممثلا قانونياً لها ، تعتبر غير نافذة فى حق الشركة (نقض ١٩/١٢/١٩٦٣ طعن ٢٨/٢٩ق مجموعة أحكام النقض س ١٤ ص ١١٧٣ قاعدة ١٦٩ ، وقد سبقت الإشارة إليه) .

منع التعاقد مع النفس ، كأصل عام ، استطردت تقول : « على أنه يجوز للأصيل فى هذه الحالة أن يجيز التعاقد » . وتطبيقاً لهذا الحكم ، جاءت المـــادة ٤٨١ تقضى بأن شراء النائب لنفسه الشىء الذى نيط به بيعه ، والذى يقع غير جائز بمقتضى المادة ٤٧٩ ، يصح إذا أجازه من تم البيع لحسابه . وهكذا نصل إلى أن الإجازة اللاحقة ، وبمعنى أدق الإقرار اللاحق ، يقع بمثابة التصريح السابق ، من حيث أنه يجعل التعاقد مع النفس صحيحاً .

١١٨ — التفرقة بين النائب والرسول :

تكلمنا ، فيما سبق ، فى التعاقد بطريق النيابة ، محددين مقوماته وأثره . ويحسن بنا ، فى نهاية هذا الموضوع ، أن نفرق بين التعاقد بوساطة النائب والتعاقد بوساطة الرسول .

فالنائب representant ، فى إجرائه التعاقد عن الأصيل ، يعبر ، كما بينا ، عن إرادته هو ، بحيث إنه هو الذى يبرم العقد . ويترتب على ذلك كما سبق أن وضحناه ، ضرورة توافر الإرادة لديه ، وأنه يعتد ، بالنسبة إلى عيوب الرضا وإلى العلم أو الجهل بالظروف الملابسة للعقد ، بشخصه هو لا بشخص الأصيل .

أما الرسول messager فهو مجرد أداة تنقل إرادة من أرسله إلى المتعاقد الآخر . ومثال التعاقد بوساطة الرسول أن يبعث الأب ابنه يبلغ آخر بأنه قبل الإيجاب الذى سبق أن قدمه له ببيع منزله أو بإيجاره ، أو أن يرسل السيد خادمه ليستعلم من التاجر المتجول عن ثمن السلعة ويبلغه الثمن الذى يرتضى شراءها به .

والرسول ، كما سبق أن قلنا ، لايعدو أن يكون مجرد أداة لنقل إرادة المرسل . فدوره فى التعاقد لايختلف عن الدور الذى تؤديه هيئة البريد فى نقل الرسائل . وهكذا فالرسول ، بخلاف النائب ، لايعبر عن ذات إرادته ، ولايبرم بالتالى العقد ، وإنما يقتصر دوره على مجرد نقل إرادة المرسل ، الذى يظل هو المنشئ للعقد .

ويترتب على هذا الخلاف الأساسي فى طبيعة الدور الذى يؤديه كل من النائب والرسول فى إجراء التعاقد الفروق الثلاثة الآتية :

١ — مادام دور الرسول يقتصر على مجرد نقل إرادة المرسل ، فلا ضرورة لأن يكون متمتعاً بالإرادة . فهو مجرد أداة لنقل رسالة المرسل ، لا أكثر . ومادام هو قد أفلح فى نقل الرسالة ، فإن التعاقد يقوم ، حتى لو كان معدوم الإرادة تماماً ، بأن كان صبياً غير مميز أو مجنوناً أو معتوهاً . أما النائب ، فلكونه يعبر عن إرادته هو ، فإنه يلزم أن يكون متمتعاً بالإرادة كما سبق أن بينا .

٢ — فى التعاقد بوساطة الرسول ، يعتد بشخص المرسل ، لا بشخص الرسول ، بالنسبة إلى عيوب الإرادة وإلى تقصى العلم أو الجهل بالظروف الملابسة للعقد . أما فى النيابة ، كما سبق أن بيناه فى حينه ، فالأصل أنه يعتد بالنسبة لهذين الأمرين ، بشخص النائب لا بشخص الأصيل .

٣ — لا يوجد ثمة مايمنع من أن يقوم شخص واحد بأداء الرسالة لطرفى العقد كليهما . أما تعاقد الشخص مع نفسه ، إعمالا لفكرة النيابة ، فيقع غير سائغ ، كأصل عام ، وفق مابيناه منذ قليل .

المبحث الثانى

سلامـــة الرضـــاء

١١٩ — تناولنا ، فى كل ماسبق ، وجود الرضاء ، باعتباره الأساس الأول والركن الركين لقيام العقد . وإذا توافر الرضاء بالعقد ، أمكن له أن يقوم .

بيد أن توافر الرضاء ، وإن مكّن بذاته لقيام العقد ، إلا أنه يلزم أن يجىء سليماً صحيحاً ، وإلا اعترى الفساد العقد برغم قيامه ، وأصبح بذلك مهدداً بالزوال . لهذا يتحتم علينا أن نتناول هنا سلامة الرضاء ، بعد أن انتهينا من بيان الأمور التى يقتضيها وجوده .

ولكى يجىء الرضاء سليماً ، يلزم أن يصدر عن شخص متمتع بالأهلية ، وأن يكون خالياً من العيوب التى تشوبه ، وهى الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال .

١٢٠ — ونحب أن نلفت النظر إلى أن ثمة أمرين أساسيين ينبغى عدم الخلط بينهما فى خصوص الرضاء ، الذى هو الركن الركين للعقد . وهذان الأمران هما : وجود الرضاء وسلامة الرضاء أو صحته . إذ أن الدور الذى يؤديه كل منها فى قيام العقد والجزاء المترتب على تخلفه متغايران تغايراً جذرياً عن الدور الذى يؤديه الآخر والجزاء المترتب على تخلفه . فالرضاء فى ذاته ، أى فى وجوده ، هو وحده الذى يتمثل الركن فى العقد . فإن تخلف ، فإن العقد لايقوم أصلا ، أى أنه لاينعقد ، وبعبارة أخرى هو يقع باطلا . أما سلامة الرضاء أو صحته ، فلا تصل إلى حد كونها ركناً فى العقد ، أو حتى شرطاً لازماً لذات توافره ، وإنما هى أمر يتعلق بهذا الركن فحسب ، ويستهدف كماله بجعله بمنأى عن الشوائب . وعلى هذا فعدم سلامة الرضاء لايحول دون انعقاد العقد ، ولايصل بالتالى إلى وقوعه من الأصل باطلا ؛ كل ماهنالك هو أنه يجعل العقد مهدداً بالزوال لمصلحة العاقد الذى لم يأت

رضاؤه به سليماً ، حيث يمنحه القانون مجرد رخصة فى إهداره . وهكذا فإن كان جزاء انعدام الرضاء هو بطلان العقد ، فجزاء عدم سلامة الرضاء لايتجاوز مجرد جعل العقد مهدداً بالزوال لمصلحة العاقد الذى تعيب رضـاؤه ، وبعبارة أخرى قابلا للإبطال .

وعدم سلامة الرضاء أو عدم صحته ينجم عن أحد الأمرين الآتيين : (١) نقص الأهلية . (٢) عيوب الرضاء . وهى الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال[١] .

١٢١ — وسوف نتناول الأمرين اللذين يمسان سلامة الرضاء ، بادئين بالأهلية . ومعقبين بعيوب الرضاء . كلامنهما فى مطلب مستقل .

المطلب الأول

الأهليـة

١٢٢ — يقصد بالأهلية capacité . بوجه عام . صلاحية الشخص لكسب الحقوق والتحمل بالالتزامات . ومباشرة التصرفات القانونية التى يكون من شأنها أن ترتب له هذا الأمر أو ذاك . ومن هذا التعريف يبين أن الأهلية تنقسم نوعين : أهلية وجوب . وهى صلاحية الشخص لكسب الحقوق والتحمل بالالتزامات . وأهلية أداء . وهى صلاحية الشخص لأن يباشر بنفسه التصرفات القانونية التى يكون من شأنها أن تكسبه حقاً أو أن تحمله التزاماً . على وجه يعتد به قانوناً .

والمقصود بالأهلية هنا ، أى المقصود بالأهلية اللازمة لسلامة الرضاء . هى . بطبيعة الحال . أهلية الأداء . لأن أهلية الوجوب لاتثار إلا بصدد الحالة التى نبحث فيها عما إذا كان يجوز لشخص معين أن يكون صاحباً لحق ما

(١) وقد جاءت المادة ١٦٢ من المشروع التمهيدى تقضى بأنه : « يجوز إبطال العقد : أولا — لعدم توافر الأهلية فى المتعاقدين أو أحدهما . ثانياً — لعيب فى الرضاء » . وقد حذفت هذه المادة فى لجنة المراجعة ، اعتباراً بأنها تعدد حالات منصوص عليها فى المواد التالية . راجع مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ١١٠ .

أو محملا بالتزام ما ، أو لايجوز له ذلك . فى حين أن أهلية الأداء هى ـ كما بينا ، صلاحية الشخص لمباشرة التصرف القانونى من عدمه ، وبعبارة أخرى ، أهلية الأداء هى صلاحية الشخص لصدور الرضاء بالتصرف منه .

١٢٣ — والأصل فى أهلية الأداء ، أو الأهلية بلا نعت ولا تخصيص — حيث إنه لو جاء اصطلاح « الأهلية » مرسلا من غير تخصيص عناها [١] — أنها متوافرة فى الشخص . مالم يقض القانون بانعدامها أو نقصانها عنده . وفى ذلك تقضى المادة ١٠٩ مدنى بأنه : « كل شخص أهل للتعاقد مالم تسلب أهليته أو يحد منها بحكم القانون » [٢] .

وهكذا فالشخص منا يعتبر أهلا لإجراء التصرفات القانونية كافة . مالم يقض القانون بانعدامها عنده ، فيمتنع عليه حينئذ إجراء أى من تلك التصرفات . أو يقضى القانون بانتقاص الأهلية لديه . فلايصح منه إجراء التصرفات التى يرد الإنقاص عليها [٣] .

والأحكام التى تنظم الأهلية تمس النظام العام فى الصميم . لأنها تؤثر تأثيراً بالغاً فى حياة الشخص القانونية والاجتماعية والاقتصادية . ولهذا جاءت المادة ٤٨ تقول : « ليس لأحد النزول عن أهليته ولاالتعديل فى أحكامها » .

---

(١) وهذا هو المعنى المقصود من إصطلاح « الأهلية » فى المواد ١٠٩ وما بعدها من القانون المدنى .

(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية عن المادة ١٦٣ من المشروع التمهيدى التى أصبحت المادة ١٠٩ من القانون ما يأتى : « الأصل فى الشخص توافر الأهلية . أما عدم الأهلية فيجب أن يقرر بمقتضى نص فى القانون . ويتفرع على ذلك قيام قرينة على توافر الأهلية ، من شأنها إلقاء عبء الإثبات على عاتق من يتمسك بعدم الأهلية » .

(٣) وفرض الحراسة على الأموال ، سواء أحصل بمقتضى إجراء إدارى أو بحكم قضائى ، لا يتمثل قيداً على أهلية صاحب تلك الأموال . فهو لا يعدم أهلية هذا الشخص ولا ينقصها . إذ هو إجراء يرد على ذات حق الشخص فى أمواله بغل يده فى شأنه ولا يمس أهليته ، مثل فرض الحراسة هنا مثل شرط المنع من التصرف فى المال المنصوص عليه فى المادتين ٨٢٣ و ٨٢٤ . انظر فى ذلك : نقض مدنى ٢٩ نوفمبر ١٩٧٦ طعون ٤٢/٣٧١ ق ، مجموعة أحكام النقض س ٢٧ ص ١٦٩٨ رقم ٣١٣ .

فكل مايمليه القانون فى شأن الأهلية من أحكام يسرى دائماً أبداً وفى كل الأحوال ، حتى لو ارتضى الأشخاص غيرها أو اتفقوا مع غيرهم على مخالفتها . فمثل ذاك الرضاء أو الاتفاق يقع باطلا أصلا ولايعتد به ، لمخالفته لمقتضى النظام العام .

١٢٤ — مجال إعمال أهلية الأداء :

عرفنا مما سبق أن أهلية الأداء ، أو الأهلية بلانعت ولاتخصيص ، هى صلاحية الشخص لأن يباشر بنفسه التصرفات القانونية التى من شأنها أن تكسبه الحق أو تحمله بالالتزام .

ويلاحظ أن الأعمال التى يجريها الشخص والتى يكون من شأنها أن تكسبه حقاً أو تحمله بالتزام نوعان :

(الأول) عمل قانونى ، وهو مايطلق عليه بعبارة أكثر شيوعاً « التصرف القانونى » . ويتميز العمل أو التصرف القانونى بأنه يقوم على الإرادة ، بمعنى أن الإرادة تتجه فيه إلى إحداث الأثر القانونى . وهو ترتيب الحق أو الالتزام ، ومثال العمل أو التصرف القانونى : *البيع والإيجار والهبة والوصية* .

(الثانى) عمل مادى ، وهو العمل الذى يقوم به الشخص ، سواء أكان عن عمد أو عن غير قصد . فيرتب عليه أن يكسب حقاً أو أن يتحمل بالتزام ، دون أن يكون لإرادته دخل فى ترتيب ذاك الحق أو هذا الالتزام ، وإن أمكن لها فى بعض الأحيان أن يكون لها دخل فى ذات وقوع العمل المادى . ومثال ذلك أن يدهم شخص بسيارته رجلا يسير فى الطريق ، فيحدث به ضرراً . فسائق السيارة يرتكب هنا عملا مادياً ، هو العمل الذى أدى إلى إصابة المضرور . وقد يكون هذا العمل عن قصد او عن إهمال . ويترتب على هذا العمل تحمل سائق السيارة بالالتزام بتعويض المضرور عما ناله من ضرر . ولكن هذا الأثر القانونى لايجىء نتيجة إرادة سائق السيارة . فهو لم يقصد بما عمل أن يتحمل بالالتزام ، ولكن القانون هو الذى حمله به ، نتيجة لمجرد وقوع الفعل الضار بخطئه .

وقد رأى البعض أن أهلية الأداء تعنى ، فضلا عن الصلاحية للقيام بالأعمال أو التصرفات القانونية ، الصلاحية للقيام بالأعمال المادية التى ترتب له الحق أو الالتزام [١] . وربما كان دافعهم إلى ذلك ماجاءت به المادة ١٦٤ مدنى من أن الشخص لايسأل ، كقاعدة عامة ، عن أعماله غير المشروعة إلا إذا صدرت منه وهو مميز .

والحقيقة أن أهلية الأداء لاتعنى إلا الصلاحية للقيام بالأعمال أو التصرفات القانونية ، دون الأعمال المادية . لأن مناط أهلية الأداء هو الإرادة المدركة المميزة . فلا مجال لها إلا فى الأحوال التى يجىء الأثر القانونى فيها نتيجة الإرادة، أى لا مجال لها إلا فى التصرفات القانونية . أما الأعمال المادية ، فهى وإن رتبت فى بعض الأحيان آثاراً قانونية، إلا أن هذه الآثار لاتجئ نتيجة إرادة فاعلها ، وإنما تجئ بسبب أن القانون يقضى بترتيبها ، نتيجة وقوع العمل المادى ذاته ولمجرد وقوعه . ولايقدح فى صحة هذا القول ما جاء به القانون المدنى من أنه يلزم ، كقاعدة عامة ، لمسئولية الشخص عن عمله الخاطىء أن يكون مميزاً . فالتمييز هنا شرط ، لتحمل الشخص بالالتزام . فهو قيد يرد على أهلية الوجوب . ولا يمس أهلية الأداء [٢] .

خلاصة ماسبق أن مجال أهلية الأداء هو الأعمال أو التصرفات القانونية وحدها ، دون الأعمال المادية .

١٢٥ — أنواع التصرفات بالنسبة للأهلية :

تختلف أهلية الأداء اللازمة لإجراء التصرفات القانونية ، باختلاف نوع هذه التصرفات . والتصرفات فى هذا الصدد ، تنقسم أساساً إلى أنواع ثلاثة :

---

(١) انظر شفيق شحاته ، نظرية الحق نبذة ٨٤ .

(٢) ويأخذ بهذا الرأى : عبد المنعم الصدة ، نظرية الحق نبذة ٨٤ — سليمان مرقس ، المدخل للعلوم القانونية نبذة ٢٤٤ . ويتفق الرأى الذى ذهبنا إليه مع ما يقول به فقهاء الشريعة الإسلامية من أن أهلية الأداء هى أن يكون الإنسان صالحاً لأن يلتزم بعبارته ، فهى شرط صحة فى التصرفات « القولية » دون « الفعلية » .

أولا : أعمال أو تصرفات نافعة للشخص نفعاً محضاً : وهى التصرفات التى تعود على من يجريها بالنفع الخالص ، أى النفع الذى لايدفع عنه مقابل مادى . ومثالها قبول الشخص هبة تصدر له ، وقبوله كفالة دين له على آخر . وتسمى الأهلية اللازمة لإجراء هذه الأعمال « أهلية الاغتناء » ؛ لأن من شأنها أن ترتب لصاحبها اغتناء محضاً .

ثانياً : أعمال أو تصرفات ضارة بالشخص ضرراً محضاً : وهى التصرفات التى تعود على من يجريها بالضرر المادى ، دون أن يأخذ مقابلا لما يخسر . ومثالها أن يهب شخص ماله لآخر ، أو أن يوصى له به بعد موته ، أو أن ينزل عن دين له على آخر . وتسمى الأهلية اللازمة لمباشرة هذه الأعمال « أهلية الافتقار » ، لأن من شأنها أن تفقر صاحبها ، دون أن يكون من وراء هذا الافتقار مقابل مادى يؤدى إلى نفعه . كما تسمى أيضاً « أهلية التبرع » ، على أساس أن الشخص يتبرع بماله . وتسمى أيضا أهلية التصرف بلا مقابل ، على أساس أن الشخص ينزل عن ماله دون مقابل .

ثالثاً : أعمال أو تصرفات تدور بين النفع والضرر : وهى التصرفات التى من شأنها أن تنفع وأن تضر فى نفس الوقت ، وبمقتضاها يأخذ الشخص شيئاً ، ويعطى من ماله مقابلا لما يأخذ . ومثالها البيع حيث يأخذ مجريه الثمن ويعطى المال ، والشراء حيث يأخذ مجريه الشىء ويعطى الثمن ، والإيجار حيث يأخذ مجريه الأجرة ويعطى منفعة الشىء ، والاستئجار حيث يأخذ مجريه منفعة الشىء ويعطى الأجرة .

وتشمل الأهلية اللازمة لإجراء التصرفات الدائرة بين النفع والضرر نوعين فرعيين :

١ — أهلية التصرف بعوض أو بمقابل : وهى تلزم لإجراء التصرفات التى من شأنها أن تفقد المال عن صاحبه ، ولو جزئياً ، كالبيع والشراء والرهن.

٢ — أهلية الإدارة : وهى تلزم لإجراء التصرفات التى من شأنها التعامل فى المال مع بقائه لصاحبه ، أى دون فقده ، كالإيجار والوديعة والعارية .

هذه هى أنواع التصرفات القانونية . وبإمكان إجرائها من عدمه ، تقاس أهلية الأداء ، وجوداً أو عدماً أو نقصاناً . فإذا كان للشخص أن يجريها كلها ، كانت أهلية الأداء لديه كاملة . وإذا لم يكن له أن يجرى شيئاً منها ، كانت أهلية الأداء معدومة عنده . وإذ كان له أن يجرى بعضها دون البعض الآخر ، كانت له أهلية أداء ناقصة .

١٢٦ — مناط أو أساس أهلية الأداء :

مناط أو أساس أهلية الأداء هو الإدراك أو التمييز . فهى تدور معه وجوداً وعدماً ، كمالا ونقصاناً . فإذا اكتمل الإدراك لدى شخص ، تمتع بأهلية أداء كاملة . وإذا انعدم ، انعدمت . وإذا نقص ، نقصت .

وفى هذا تختلف أهلية الأداء اختلافاً أساسياً عن أهلية الوجوب . فمناط هذه الأخيرة هو الشخصية ذاتها . وهكذا فبمجرد أن يرى الوليد نور الحياة ، تثبت له الشخصية . ويتمتع بالتالى بأهلية وجوب كاملة . ولكنه لايتمتع بأهلية الأداء إلا بعد أن يتوافر لديه الإدراك أو التمييز ، وبقدر مايتوافر لديه منه . فادام الإدراك لديه منعدماً ، كانت أهليته منعدمة كذلك . وفى الوقت الذى يتوافر لديه بعض الإدراك ، تمنح له أهلية أداء ناقصة . وكلما زاد إدراكه ، زادت أهلية أدائه . حتى إذا ما كمل ، كملت .

١٢٧ — تأثر أهلية الأداء بالسن :

عرفنا أن مناط أهلية الأداء هو الإدراك أو التمييز . وإدراك الشخص يتوقف فى صغره على سنه ، حتى يبلغ رشده . ولذلك كان السن عاملا أساسياً فى تحديد أهلية الأداء لدى الصغير . فهى تتفاوت باختلافه . ويمر الإنسان فى هذا الصدد بأدوار أربعة أساسية ، تتفاوت فيها أهلية أدائه بين العدم والكمال . وهذه الأدوار هى الآتية :

الدور الأول — الجنين أو الحمل المستكن : للجنين أهلية وجوب ناقصة ، ولكن ليس له أهلية أداء البتة . فمناط أهلية الأداء الإدراك أو التمييز ، وليس للجنين شىء منه .

الدور الثانى — الصبى غير المميز : ويبدأ هذا الدور من الولادة وينتهى ببلوغ الصبى السابعة من عمره ، وهو سن التمييز . وفى هذه المرحلة من الحياة ، يكون الصبى فاقد الإدراك والتمييز . وبعبارة أدق ، يفترض فيه القانون ذلك فرضاً لايقبل إثبات العكس ، وبالتالى فهو يكون معدوم أهلية الأداء (المادة ٤٥) . فليس للصبى غير المميز أن يقوم بأى عمل أو تصرف قانونى . حتى أهلية الاغتناء لاتثبت له . وإذا قام الصبى بأى عمل قانونى . حتى لو قبل هبة ، كان تصرفه باطلا . وفى هذا تقضى المادة ١١٠ بأنه : « ليس للصغير غير المميز حق التصرف فى ماله ، وتكون جميع تصرفاته باطلة » .

الدور الثالث — الصبى المميز : يبدأ هذا الدور من بلوغ الصبى السابعة من عمره ، ويستمر إلى أن يبلغ سن الرشد ، وهو إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة (المادة ٤٤ / ٢) . وفى هذا الدور من حياة الصبى يبدأ الإدراك يتوافر لديه تدرجاً . ولهذا تثبت له أهلية أداء ناقصة (المادة ٤٦) ، تقوى تدرجاً بازدياد الإدراك عنده ، حتى تكمل باكتماله ، حينما يبلغ رشده .

ويمر الصبى المميز بمراحل ثلاث فرعية ، يحسن أن نبين مدى أهليته خلال كل منها ، وذلك فيما يلى :

(أ) مرحلة الصبى المميز من سن السابعة إلى السادسة عشرة : تثبت للصبى المميز فى هذه المرحلة أهلية الاغتناء . فله أن يجرى كل التصرفات التى تعود عليه بالنفع المحض ، دون حاجة إلى تدخل وليه أو وصيه . فله أن يقبل بمفرده الهبة ، كلما كانت عارية من كل شرط أو تكليف ، كما أن له أن يقبل كفالة دين له على غيره . أما أهلية الافتقار أو التبرع ، فمعدومة عنده أصلا . فليس له أن يجرى التصرفات التى تعود عليه بالضرر المحض ، كأن يهب ماله أو يوصى به أو ينزل عن حق له ؛ فإن أجراها ، وقعت باطلة بطلاناً مطلقاً [1] (المادة ١١١ / ١) . تبقى بعد ذلك التصرفات الدائرة بين

(١) انظر : نقض ١٢ ديسمبر ١٩٦٧ ، طعن ٣٤/٢١٣ق ، مجموعة أحكام النقض س ١٨ ص ١٨٦٦ رقم ٢٨٣ .

النفع والضرر ، كالبيع والشراء والإيجار والاستئجار والوكالة والشركة . وللصبي المميز ، بالنسبة إلى هذه التصرفات ، أهلية ناقصة ، بمعنى أنه إذا أجراها ، وقعت قابلة للإبطال لمصلحته هو [١] دون المتعاقد الآخر (المادة ١١١ / ٢) .

(ب) مرحلة الصبي المميز من سن السادسة عشرة إلى الثامنة عشرة : في هذه المرحلة ، تكون للصبي نفس أهلية الأداء التي بيناها في المرحلة السابقة ، وتزيد عليها أهلية كاملة بالنسبة إلى الأموال التي يكسبها الصبي من عمله الخاص .

فمتى بلغ الصبي السادسة عشرة من عمره ، منحه القانون أهلية التصرف في المال الذي يجيء ثمرة عمله ، سواء أكان التصرف بعوض أم تبرعاً . فإذا احترف مهنة أو صناعة أو أدى أي عمل عاد عليه بمال ، حق له أن يتصرف في هذا المال على نحو مايراه ، فيحق له ،مثلا ، أن يشترى به منزلا أو أرضاً أو سيارة ، بل يحق له أن يتبرع به لغيره . ولاتثبت للصبي هنا

(١) وإذا كانت القاعدة هي أن أهلية الصبي المميز تقع ناقصة بالنسبة إلى التصرفات الدائرة بين النفع والضرر ، إلا أنه يرد على هذه القاعدة الاستثناءان الآتيان :

الأول : خاص بالأموال التي تسلم للصبي المميز أو توضع تحت تصرفه لأغراض نفقته . فبالنسبة لهذه الأموال ، تكون للصبي ، متى بلغ السابعة من عمره ، أهلية التصرف كاملة في الحدود التي تتفق مع أغراض الإنفاق على نفسه . فللصبي أن يشترى بمصروفه كل ما يلزم لحاجته . ويقع شراؤها هنا صحيحاً ، دون حاجة إلى تدخل من وليه أو وصيه . ويصح للصبي أن يقترض المال اللازم لنفقته . على أن التزامات الصبي التي يعقدها لأغراض نفقته ، لا يمكن لأصحابها استيفاؤها إلا من المال الذي يسلم له أو يوضع تحت تصرفه لهذه الأغراض . وقد تضمنت المادة ٦١ من قانون الولاية على المال الأحكام السابقة بقولها : « للقاصر أهلية التصرف فيما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه عادة من مال لأغراض نفقته ويصح التزامه المتعلق بهذه الأغراض في حدود هذا المال فقط » .

الثاني : والاستثناء الثاني خاص بأهلية الصبي المميز لإبرام عقد العمل الفردي . فللصبي ، متى بلغ السابعة من عمره ، أن يبرم مع رب العمل عقد العمل الفردي ، دون حاجة إلى تدخل من وليه أو وصيه . ولكن يثبت للمحكمة هنا الحق ، بناء على طلب الولي أو الوصي أو أي ذي شأن ، في إنهاء العقد رعاية لمصلحة القاصر أو مستقبله أو لمصلحة أخرى ظاهرة (راجع المادة ٦٢ من قانون الولاية على المال) .

أهلية التصرف فى ذات المال الذى كسبه بعمله فحسب ، وإنما تثبت له أيضاً أهلية التصرف فى كل الأموال التى تحل محل المال الذى كسبه من عمله [١] . فيحق له ، فى المثال السابق سرده ، أن يبيع المنزل أو الأرض ، أو السيارة ، ويشترى بالثمن أموالا أخرى . ويحق له أن يرهنه وأن يؤجره . بل يحق له أن يهبه . والأموال التى يكسبها الصبى من عمله الخاص لاتخضع للولاية أو الوصاية . بل تبقى فى يد الصبى يديرها ويتصرف فيها بنفسه .

والالتزامات التى تجىء نتيجة التصرفات التى يبرمها الصبى متعلقة بماله الذى كسبه من عمله الخاص ، سواء بطريق مباشر أو غير مباشر ، تقع صحيحة ، ولكن فى حدود هذا المال فقط ، بمعنى أن الدائنين بتلك الالتزامات لايستطيعون استيفاءها من أموال الصبى الأخرى ، كتلك التى ورثها ، مثلا .

وأهلية التصرف فى المال المكسوب من العمل الخاص تثبت للصبى الذى بلغ السادسة عشرة من عمره بقوة القانون . أى دون حاجة إلى إذن خاص من الولى أو الوصى أو حتى من المحكمة .

هذا هو قدر مايزيد على أهلية الصبى المميز على أثر بلوغه السادسة عشر عاماً من عمره . والحكمة ظاهرة من تقرير تلك الزيادة فى أهلية هذا الصبى . فقد لاحظ المشرع أن الصبى الذى يكسب مالا نتيجة عمله الخاص فى هذه

---

(١) ويلاحظ أن الحكم الذى أوردناه فى المتن ، وهو القاضى بثبوت أهلية الصبى ذى السادسة عشرة من عمره فى التصرف ليس فقط فى ذات المال الذى يكسبه مباشرة من عمله ، وإنما أيضاً فى الأموال الأخرى التى تحل محله بطريق أو بآخر ، يلاحظ أن هذا الحكم قد لا يستبين من ذات نص المادة ٦٣ من قانون الولاية على المال ، التى جاءت تمنح للصبى أهلية التصرف « فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره » . فحرفية النص قد يفهم منها قصر الأهلية على الثمرة المباشرة للعمل ذاتها ، دون ما يجىء بديلا عنها أو يحل محلها . ومع ذلك فالرأى الذى ذهبنا اليه هو الذى يبدو لنا صائباً . فحتى لو قلنا بأن حرفية نص المادة ٦٣ من قانون الولاية على المال لا تستوعبه ، فهى على الأقل لا تمنعه . ومن ثم يتوجب إعماله تطبيقاً لنظرية الحلول العينى لتوافر شروطها فيه . انظر فى نفس الاتجاه : إسماعيل غانم فى رسالته المقدمة لجامعة باريس فى فكرة الذمة فى القانون الفرنسى والقانون المصرى ، ص ١٥٦ . وانظر أيضاً : منصور مصطفى منصور فى رسالته المقدمة لجامعة القاهرة فى نظرية الحلول العينى نبذة ١١٥ وما بعدها .

السن المبكرة جدير برعاية القانون وتشجيعه ، وأنه يجب عليه ألا يقف حائلا بينه وبين استمرار نشاطه .

بيد أن المشرع لاحظ مع ذلك أن إدراك الصبي لازال غير مكتمل ، وأنه قد يقع نتيجة ذلك فريسة للنزق والطيش . ففرض الرقابة عليه للمحكمة التي خولها أن تقيد أهليته فى التصرف فى ماله الذى كسبه من عمله الخاص ، إذا اقتضت ذلك مصلحته ، وفى هذه الحالة ، يخضع المال لنظام الولاية أو الوصاية ، فى حدود الأعمال التي تقيد المحكمة القاصر فى إجرائها .

تلك هى أحكام أهلية الصبي الذى بلغ السادسة عشرة من عمره بالنسبة إلى الأموال التي يكسبها من عمله الخاص . وقد ركزها المشرع فى المادة ٦٣ من قانون الولاية على المال بقوله : « يكون القاصر الذى بلغ السادسة عشرة أهلا للتصرف فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره . ولايجوز أن يتعدى أثر التزام القاصر حدود المـــال الذى يكسبه من مهنته أو صناعته . ومع ذلك فللمحكمة إذا اقتضت المصلحة أن تقيد حق القاصر فى التصرف فى ماله المذكور . وعندئذ تجرى أحكام الولاية والوصاية » [١] .

(ﺟ) مرحلة الصبي من سن الثامنة عشرة إلى الحادية والعشرين : فى هذه المرحلة يزيد إدراك الصبي بعض الشىء . ولذلك تزيد أهليته قليلا عما كانت فى المرحلتين السابقتين .

فقد رأينا أن الصبي بمجرد بلوغه السابعة من عمره ، تثبت له أهلية الاغتناء . وتبقى له هذه الأهلية كاملة فى هذه المرحلة . أما أهلية الافتقار ، فهى معدومة عنده . وتظل معدومة كذلك حتى بعد بلوغه الثامنة عشرة . مع استثناء إجراء الوصية [٢] . فللصبي إذا بلغ الثامنة عشرة من عمره أن يوصى بماله ، بشرط

---

(١) وكان قانون المحاكم الحسبية ينص على حكم يقارب ما بيناه فى المتن ، وذلك فى المادة ٦ منه التى شملها الإلغاء .

(٢) فالوصية عمل من الأعمال الضارة بالموصى ضرراً محضاً . ومن مقتضى القاعدة التى تضمنتها المادة ١/١١١ . والتى تقضى ببطلان تصرفات الصبى المميز متى كانت ضارة به ضرراً محضاً ، أن تقع وصية الصبى المميز باطلة . ولكن قانون الوصية قرر استثناءها من هذا الحكم ، قاضياً بصحتها ، بشرط إذن المحكمة .

أن يأخذ بذلك إذناً من المحكمة (المادة ٥ من قانون الوصية) . أما أهلية الأعمال الدائرة بين النفع والضرر . فقد رأينا أنها ناقصة لدى الصبي المميز . ويتوافر للصبي منها ، متى بلغ السادسة عشرة ، أهلية التصرف فى الأموال التى يكسبها من عمله الخاص . ويبقى للصبي فى مرحلتنا هذا المظهر من الأهلية وزيادة عليه . يكسب الصبي الذى يبلغ الثامنة عشرة مظهرين آخرين ، وهما الآتيان :

١ — أهلية الاتجار : للصبي إذا بلغ الثامنة عشرة أن يتجر ، بشرط إذن المحكمة فى ذلك ، إذناً مطلقاً أو مقيداً (المادة ٥٧ من قانون الولاية على المال) .

٢ — أهلية الإدارة بالنسبة إلى كل أمواله أو بعضها . بشرط أن يصدر له الإذن فى ذلك .

والإذن للصبي فى الإدارة يصدر إما من وليه ، إن كان له ولى ، وإما من المحكمة إن لم يكن له ولى .

فإذا كان للصبي ولى ، وهو الأب أو الجد الصحيح عند غياب الأب . حق له أن يأذن صغيره . فى تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها . ويجب هنا أن يحصل الإذن بإشهاد رسمى . يتم فى مكتب التوثيق الملحق بمصلحة الشهر العقارى . وللولى أن يسحب إذنه أو يقيده بإشهاد آخر (المادة ٥٤ ولاية على المال) .

فإذا لم يكن للصبي ولى ، كان إعطاء الإذن بالإدارة من اختصاص المحكمة (دائرة الأحوال الشخصية) . وهى تعطيه أو ترفضه ، بعد سماع الوصى . وإذا رفضت المحكمة الإذن ، ما جاز تجديد طلبه إلا بعد فوات سنة من تاريخ صدور القرار النهائى بالرفض . وللمحكمة أن تأذن الصبي فى تسلم وإدارة أمواله كلها أو بعضها ، على حسب ما ترى (راجع المادة ٥٥ ولاية على المال) .

ويلاحظ أن الإذن بالإدارة لازم ، لكى يصبح الصبى البالغ ١٨ سنة أهلا لإدارة الأموال التى يتسلمها . فهذه الأهلية لاتثبت له بقوة القانون ، بمجرد بلوغه تلك السن . وفى هذا يختلف حكم الصبى البالغ ١٨ سنة بالنسبة إلى أهلية الإدارة عن حكم الصبى البالغ ١٦ سنة بالنسبة لأهلية التصرف فى أمواله التى يكسبها من عمله الخاص . فهذه الأهلية الأخيرة ، تثبت بقوة القانون بمجرد بلوغ الصبى ١٦ سنة ، دون حاجة إلى إذن خاص ، وتبقى له مالم تقض المحكمة بسلبها منه أو بتقييدها .

وللصبى المأذون فى الإدارة ، أن يجرى كل أعمال الإدارة المتعلقة بالأموال التى يأذن فى إدارتها . فله أن يجرى الأعمال اللازمة لصيانة هذه الأموال ، كأن يتفق مع مقاول على أن يرمم له منزله . وله أن يجرى كل التصرفات اللازمة لزراعة أرضه ، كأن يشترى البذور والسماد . وله أن يؤجر كل أمواله ، لأية مدة يشاء ، مع استثناء الأراضى الزراعية والمبانى ، فلايصح له أن يؤجرها لمدة تزيد على سنة ؛ فإن أجرها لمدة تزيد على سنة ، وقع إيجاره صحيحاً فى حدودها وقابلا للإبطال فيما تجاوزها [1] . وللصبى البالغ ١٨ سنة ، فضلا عن أعمال الإدارة ، أن يجرى أعمال التصرف المترتبة عليها . فله أن يفى ويستوفى الديون المترتبة على أعمال الإدارة . وله أن يبيع غلة أرضه . وله أن يتصرف فى صافى دخله ، ولكن فى حدود القدر اللازم لسد نفقته ونفقة من يعوله (راجع المادة ٥٦ ولاية على المال) .

والصبى يعتبر كامل الأهلية بالنسبة إلى الأعمال المسموح له بإجرائها ، فله أهلية إجرائها وأهلية التقاضى بشأنها .

والصبى المأذون يباشر أعمال الإدارة تحت الرقابة . فهو لازال غير مكتمل الإدراك ، ويخشى أن يقع ضحية النزق والطيش . فإذا منحه القانون أهلية الإدارة ، فهو ينصب عليه رقيباً يشرف عليه فيما يعمل ؛ فإن أحسن الإدارة ، فبها ؛ وإن أساءها ، سلب الرقيب منه أهليته .

---

(١) راجع مؤلفنا ، عقد الإيجار ، الجزء الأول ، نبذة ٢٨ .

والرقيب على الصبي فى إدارته أمواله هو وليه ، إن كان موجوداً . فللولى إذا أساء صبيه إدارة أمواله ، أن يحد من الإذن الذى أعطاه إياه فى صددها أو أن يسحبه ، بشرط إجراء ذلك بإشهاد رسمى ، كما سبق أن بينا . فإذا كان الولى غير موجود ، ثبتت الرقابة على الصبي للمحكمة . ولتمكين المحكمة من إجراء هذه الرقابة ، يفرض القانون على الصبي واجب أن يقدم لها حساباً سنوياً عن إدارته ، يؤخذ عند النظر فيه رأى الوصى (المادة ٥٨ ولاية المال) . وإذا رأت المحكمة أن الصبي المأذون قد قصر فى الإدارة أو فى تقديم الحساب ، أو رأت أن هناك أسباباً يخشى معها من بقاء الأموال فى يده ، حق لها من تلقاء نفسها ، أو بناء على طلب النيابة العامة أو أحد ذوى الشأن ، أن تحد من الإذن بالإدارة أو تسلب القاصر إياه ، وذلك بعد سماع أقواله (المادة ٥٩ ولاية على المال) .

الدور الرابع — البالغ الرشيد : ببلوغ سن الرشد ، وهى إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة (المادة ٤٤ / ٢ مدنى) ، تنتهى حالة القصر ويستكمل الصبي أهليته . وإنما يشترط لذلك أن يبلغ الصبي سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية (المادة ٤٤ / ١ مدنى) . فإن بلغها مجنوناً أو معتوهاً ، بقيت حاله قصره ، واستمرت الولاية على ماله لوليه أو وصيه ، على حسب الأحوال . وتستمر الولاية هنا على مال الصبي ، دون حاجة إلى حكم سابق من المحكمة يقضى باستمرارها . أما إذا لم تكن بالصبي عاهة فى عقله ، انتهت حالة قصره ، وزالت الولاية على ماله بمجرد بلوغه سن الرشد ، مالم تقض المحكمة قبل بلوغه هذه السن باستمرار الولاية أو الوصاية عليه . والمحكمة تقضى باستمرار الولاية أو الوصاية ، إذا رأت أن الصبي برغم تمتعه بقواه العقلية ، لايحسن التصرف فى ماله ، لسفه أو غفلة .

ويلاحظ هنا الفرق بين حالة ما إذا بلغ الصبي سن الرشد مجنوناً أو معتوهاً أى غير متمتع بقواه العقلية ، وبين حالة ما إذا بلغها متمتعاً بقواه العقلية ، ولكن يعتريه سفه أو غفلة . ففى الحالة الأولى ، تبقى الولاية أو الوصاية على مال الصغير ، دون حكم سابق من القضاء . أما فى الحالة الثانية ، فيلزم ،

لاستمرار الولاية أو الوصاية ، صدور حكم من المحكمة يقضي بذلك قبل بلوغ سن الرشد [١] .

ويلاحظ أيضاً الفرق بين حالة استمرار الولاية أو الوصاية بعد بلوغ سن الرشد ، وبين حالة ما إذا اعتبر الشخص رشيداً ، ثم أريد بعد ذلك الحجر عليه ، لجنون أو عته أو غفلة أو سفه . ففي الحالة الأولى ، تبقى الولاية على مال الشخص لوليه أو وصيه . أما في الحالة الثانية ، فتعتبر الولاية أو الوصاية قد انتهتا إلى غير رجعة ، وينصب على الشخص قيم . وليست لهذا الموضوع أية أهمية عملية بالنسبة إلى الوصاية ، فسواء أخضع الشخص لولاية الوصي ، على أثر استمرارها بعد بلوغه سن الرشد ، أم خضع لولاية القيم على أثر الحجر عليه ، فالأمر واحد بالنسبة إلى سلطة النائب ؛ إذ سلطة الوصي والقيم واحدة (المادة ٧٨ ولاية المال) . ولكن الأمر يختلف إذا كان للصبي ولى . فاستمرار الولاية بعد بلوغه سن الرشد ، يقتضي استمرار سلطة الولى .

---

(١) وقد كانت المادتان ١٣ و ٢/٣٠ من قانون المحاكم الحسبية تتضمنان الفارق بين هاتين الحالتين بشكل صريح . إذ أن أولى هاتين المادتين تنص على أنه : « تنتهى الولاية ببلوغ القاصر إحدى وعشرين سنة ما لم تحكم المحكمة قبل بلوغه هذه السن باستمرار الوصاية عليه لسبب من أسباب الحجر إلا إذا بلغها مجنوناً أو معتوهاً ، فإن الولاية تستمر عليه حتى لو لم يصدر حكم بذلك من المحكمة » . وتقرر المادة ٢/٣٠ نفس الأمر بالنسبة إلى الوصاية .

أما قانون الولاية على المال ، فلم يبرز الفارق بين الحالتين اللتين نحن بصددهما . ولكنه موجود مع ذلك تحت ظله . ويستدل عليه من تقريب نص المادة ١/٤٤ مدنى ونص المادتين ١٨ و ١/٤٧ من قانون الولاية على المال . فالمادة ١/٤٤ مدنى تقضى بأن : « كل شخص بلغ سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية ، ولم يحجر عليه يكون كامل الأهلية لمباشرة حقوقه المدنية » . فهذه المادة تستلزم لإنهاء حالة القصر ، وبالتالى لزوال الولاية والوصاية ، أن يبلغ الصبى سن الرشد متمتعاً بقواه العقلية . فإذا بلغها غير متمتع بقواه العقلية لجنون أو عته ، ما توافر شرط إنهاء حالة قصره ، وبالتالى تستمر الولاية أو الوصاية عليه ، دون حاجة إلى حكم سابق من القضاء . أما المادتان ١٨ و ١/٤٧ من قانون الولاية على المال ، فتنصان على أن الولاية والوصاية تنتهيان ببلوغ القاصر ٢١ سنة ، ما لم تحكم المحكمة قبل بلوغه هذه السن باستمرارها عليه . ولابد من تفسير هاتين المادتين تفسيراً يتمشى مع حكم المادة ١/٤٤ مدنى . وهذا التفسير يقتضى عدم الأخذ بحكمها إلا إذا لم تكن بالشخص عاهة فى عقله ، ولكن تقوم به عاهة تلحق تدبيره ، وهى السفه والغفلة . وهكذا نصل إلى نفس الحكم الذى كان يقضى به قانون المحاكم الحسبية الملغى ، وهو الذى بيناه فى المتن .

أما إذا انتهت الولاية، وحجر على الشخص، فإنه ينصب عليه قيم . والفارق كبير بين سلطة الولى وسلطة القيم ، على نحو ماسنبينه . وتمشياً مع تلك النتيجة ، جاءت المادة ١٩ من قانون الولاية على المال تقضى بأنه : « إذا انتهت الولاية على شخص فلا تعود إذا قام به سبب من أسباب الحجر » [١] .

١٢٨ ــ الولاية على مال القاصر :

عرفنا أن الشخص يكون معدوم أهلية الأداء قبل أن يبلغ السابعة (الصبى غير المميز) . فإذا بلغها ، كان ناقص الأهلية إلى أن يبلغ رشده (الصبى المميز) . ومؤدى انعدام الأهلية أو نقصها ، أن الشخص لايصلح لأن يباشر بذات نفسه التصرفات المالية ، أو لايصلح لأن يباشر بعضها . وإذا كان الأمر هكذا ، وجب أن ينصب على القاصر شخص يتولى عنه مباشرة التصرفات التى يؤدى عدم إجرائها إلى الإضرار به . ويحصل ذلك بمقتضى نظام الولاية على المال .

والولاية على مال القاصر تثبت لوليه أو وصيه على حسب الأحوال . وهى تثبت لهما تحت رقابة المحكمة (دائرة الأحوال الشخصية) .

وثمة ترتيب معين يحتم القانون مراعاته فيمن تعطى له الولاية على مال الصغير ، وهو من بعد ترتيب مستق من الفقه الإسلامى .

ووفق هذا الترتيب ، تثبت الولاية بادىء ذى بدء لأب الصغير ، إذا كان موجوداً ولم يقم به سبب يمنعه من توليها . وثبوت الولاية للأب وتقديمه على من عداه أمر متفق عليه فى الفقه الإسلامى من غير خلاف . وعلته ظاهرة . إذ أن الأب مع الأم أقرب الناس إلى ولده ، وهو أولاهم طرا لرعاية مصلحته .

فإن لم يكن الأب موجوداً ، أو قام به سبب يمنعه من تولى الولاية ،

---

(١) انظر فى هذا المعنى : نقض جنائى ١٩ ديسمبر ١٩٣٢ ، مجموعة القواعد القانونية لأحكام النقض الجنائية س ٣ رقم ٥٨ ص ٧٨ .

ثبتت ولاية مال الصغير لمن عساه أن يكون الأب قد اختاره وصياً لولده ، إذا لم يقم به سبب يمنعه منها . وهذا هو الوصى المختار [١] .

فإن لم يكن الأب قد اختار وصياً لولده ، ثبتت الولاية على ماله للجد الصحيح ، وهو الجد لأب [٢] ، شريطة أن يكون صالحاً قانوناً لمباشرتها .

فإن لم يكن للصغير أب ، ولاوصى مختار من الأب ، ولاجد لأب ، ثبتت الولاية على مال الصغير لمن تعينه المحكمة وصياً عليه .

ونبدأ بالكلام فى الولى ، ثم نعقب بالوصى .

١٢٩ — الولى أو الولى الشرعى :

تثبت الولاية على مال الصغير ، كما سبق لنا أن بينا ، لأبيه إن كان حياً ولم يمنعه منها سبب قانونى . فإن كان الأب قد مات ، أو قام به سبب يمنعه ، ثبتت الولاية للجد الصحيح (الجد لأب) إن كان موجوداً وصالحاً لمباشرتها وذلك مالم يكن الأب قد اختار لصغيره وصياً .

والأب والجد يطلق عليهما « الولى » ، بالمعنى الضيق لهذا الاصطلاح ، حيث إنه قد يطلق هذا الاصطلاح أيضاً ويقصد به ، فى معناه الواسع الشامل ، كل من يتولى الولاية على مال عديمى الأهلية وناقصيها ، سواء أكان أباً أم جداً أم غيرهما . ولتمييز الأب والجد عن غيرهما ممن يتولون الولاية على مال ناقصى الأهلية وعديميها ، أى الوصى ، فإنه كثيراً مايطلق على كل منهما اصطلاح « الولى الشرعى » أو « الولى الطبيعى » .

وولاية كل من الأب والجد لأب ولاية إلزامية ، بمعنى أنه لايجوز لأى منهما أن يتنحى عنها إلا إذا وجد سبب مقبول لهذا التنحى ، وأذنته المحكمة فيه (المادة الأولى من قانون الولاية على المال) . وفى ذلك تختلف الولاية بمعناها

---

(١) وتقديم الوصى المختار على الجد حكم تقول به المالكية والحنفية .

(٢) أما الجد لأم ، وهو الذى يطلق عليه فى لغة الفقه الإسلامى « *الجد الفاسد* » ، فلا تثبت له الولاية على مال حفيده بقوة القانون ، وإن أمكن بطبيعة الحال أن يختار وصياً عليه من الأب أو من القاضى ، شأنه فى ذلك شأن غيره من كافة الناس .

الضيق عن الوصاية . حيث لايلزم الوصى . أياً ماكانت درجة قرابته للقاصر ، بقبول الوصاية . بل إن له أن يرفضها .

وتقع الولاية على كل أموال القاصر [١] . مع استثناء مايؤول إليه منها بطريق التبرع . إذا اشترط المتبرع عدم خضوعها لسلطة الولى (المادة ٣ ولاية المال) . وفى هذه الحالة ينصب للصغير وصى يقوم إلى جانب وليه . وتكون سلطته مقصورة على الأموال الخارجة عن سلطة الولى .

١٣٠ — سلطة الولى :

وللولى . أباً كان أم جداً . سلطة القيام بالأعمال النافعة للصغير نفعاً محضاً . كقبول هبة له غير مقرونة بشرط . أما إذا كان التبرع مقروناً بشرط ما صح للولى قبوله . إلا بإذن المحكمة (المادة ١٢ ولاية المال) .

أما الأعمال الضارة بالصغير ضرراً محضاً . فالأصل فيها أنها ممنوعة على الولى . فليس للولى ، ولو كان هو الأب . أن يتبرع بمال الصغير . إلا أنه يستثنى من ذلك التبرع لأداء واجب إنسانى أو عائلى ، فيصح للولى أن يتبرع بمال صغيره لأداء واجب إنسانى أو عائلى . بشرط إذن المحكمة .

وبالنسبة للأعمال الدائرة بين النفع والضرر ، تلزم التفرقة بين أعمال الإدارة وأعمال التصرف بمقابل .

فأعمال الإدارة جائزة للولى . فللولى أن يقوم نيابة عن صغيره بكل التصرفات اللازمة لإدارة أمواله [٢] . كشراء البذور والسماد والاتفاق مع مقاول على ترميم دار للصبى . ومن أعمال الإدارة الجائزة للولى إجارة

---

(١) وتقضى المادة ١٦ من قانون الولاية على المال بأنه : « على الولى أن يحرر قائمة بما يكون للقاصر من مال أو يؤول إليه وأن يودع هذه القائمة قلم كتاب المحكمة التى يقع بدائرتها موطنه فى مدى شهرين من بدء الولاية أو من أيلولة هذا المال إلى الصغير ويجوز للمحكمة اعتبار عدم تقديم هذه القائمة أو التأخير فى تقديمها تعريضاً لمال القاصر للخطر » .

(٢) مع استثناء الاستمرار فى مباشرة تجارة آلت للقاصر . فليس للولى أن يستمر فى مباشرة هذه التجارة ، إلا بعد إذن المحكمة ، وفى حدودها هذا الإذن (المادة ١١ ولاية) .

أموال القاصر . بشرط ألا يكون من شأنها أن تستمر مدتها إلى مابعد بلوغ القاصر سن الرشد لأكثر من سنة ؛ فإن تجاوزت مدة الإيجار هذا المدى . ما حق للولى إجراؤه ، إلا بإذن المحكمة (المادة ١٠ ولاية المال) .

أما أعمال التصرف بعوض . فتختلف سلطة الولى فى إجرائها باختلاف ما إذا كان أباً للصغير أم جداً . فليس للجد أن يتصرف فى مال الصغير إلا بإذن المحكمة (المادة ١٥ ولاية) . فلا يحق للجد . بغير إذن المحكمة ، أن يبيع مال الصغير أو أن يرهنه أو أن يتصالح عليه . أما الأب . فالأصل أن له أن يتصرف بعوض فى مال صغيره . دون حاجة إلى إذن المحكمة . فالأصل أن للأب أن يبيع مال الصغير وأن يرهنه وأن يجرى عليه غير ذلك من التصرفات بعوض . ولكن ترد على هذا الأصل القيود الآتية :

١ — « لايجوز للولى (حتى لو كان أباً) أن يتصرف فى عقار القاصر لنفسه أو لزوجه أو لأقاربه أو لأقاربها إلى الدرجة الرابعة إلا بإذن المحكمة . ولا يجوز له أن يرهن عقار القاصر لدين على نفسه (المادة ٦ ولاية المال) » . ويلاحظ أن المنع هنا مقصور على عقارات القاصر ؛ فهو لايشمل منقولاته .

٢ — « لايجوز للأب أن يتصرف فى العقار أو المحل التجارى أو الأوراق المالية إذا زادت قيمتها على ثلثمائة جنيه إلا بإذن المحكمة [(١)] — ولا يجوز للمحكمة أن ترفض الإذن إلا إذا كان التصرف من شأنه جعل أموال القاصر فى خطر أو كان فيه غبن يزيد على خمس القيمة (المادة ٧ ولاية المال) » .

٣ — « إذا كان مورث القاصر قد أوصى بأن لايتصرف وليه فى المال المورث فلايجوز للولى أن يتصرف فيه إلا بإذن المحكمة وتحت إشرافها (المادة ٧ ولاية المال) » .

---

(١) انظر نقض ٣١ يناير ١٩٧٧ طعن ٥٠٨/٤٢ق ، مجموعة النقض س٢٨ ص ٣١٠ رقم ٦٤ . وقد جاء فى هذا الحكم أنه : « لما كانت نيابة الولى عن القاصر هى نيابة قانونية ، ويتعين عليه حتى ينصرف أثر العمل الذى يقوم به إلى القاصر أن يكون هذا العمل فى حدود نيابته . أما إذا جاوز الولى هذه الحدود (باع الأب عقاراً لأولاده القصر تزيد قيمته على ٣٠٠ جنيه اشترى لهم من مال أمهم) ، فإنه يفقد صفة النيابة ، ولا ينتج العمل أثره بالنسبة إلى القاصر ، ولا يجوز الرجوع على هذا الأخير إلا بقدر المنفعة التى عادت عليه بسببه » .

٤ — لايجوز للولى إقراض مال الصغير ولا اقتراضه إلا بإذن المحكمة (المادة ٩ ولاية المال) .

ولاتسرى القيود السابقة على ماآل للقاصر من مال بطريق التبرع من أبيه . صريحاً كان التبرع أو مستتراً (المادة ١٣ ولاية المال) . فبالنسبة إلى هذا المال . تثبت للأب سلطة كاملة . فله أن يتصرف فيه بكل أوجه التصرف . وله أن يؤجره لأية مدة يشاء . وذلك دون حاجة إلى إذن من المحكمة . بل إن الأب لايلزم حتى بتقديم الحساب عن هذا المال للمحكمة .

١٣١ — الوصى :

إذا لم يكن للقاصر ولى . ثبتت الولاية على ماله للوصى . والوصى هو كل شخص يمنح الولاية على مال الصغير . غير أبيه وجده لأبيه . وهو نوعان :

١ — وصى مختار .　　　　٢ — وصى معين .

والوصى المختار هو الوصى الذى يقيمه الأب لولده . كما يمكن لمن يريد التبرع بماله للصغير . أن يختار له وصياً يقوم على رعاية هذا المال لصالح الصغير . إذا لم يرد المتبرع دخول هذا المال تحت ولاية الولى أو الوصى العام [١] . ويجوز لمن أقام الوصى المختار . مادام حياً . أن يعدل عن اختياره بطريق الوصية . ويعرض اختيار الوصى على المحكمة لتثبته [٢] . وهى تقضى بذلك . إذا كان الوصى المختار عدلا كفؤاً ذا أهلية كاملة (المادة ٢٧ / ١ ولاية المال) .

أما الوصى المعين . فهو الذى تعينه المحكمة للقاصر . إذا لم يكن له ولى ولا

---

(١) ويشترط أن يثبت اختيار الوصى بورقة رسمية ، أى بورقة محررة فى مكتب التوثيق بمصلحة الشهر العقارى ، أو بورقة عرفية مصدق فيها على توقيع الأب أو المتبرع فى مكتب التوثيق كذلك ، أو بورقة عرفية عادية ، بشرط أن تكون مكتوبة بخط الأب أو المتبرع وموقعة عليها بإمضائه (انظر المادة ٢٨ ولاية المال) .

(٢) راجع فى كل ما سبق المادة ٢٨ من قانون الولاية على المال .

وصى مختار . ويجب أن تتوافر فى الوصى الذى تعينه المحكمة شروط خاصة تضمنتها المادة ٢٧ من قانون الولاية على المال ؛ وهذه الشروط هى الآتية :

١ — يجب أن يكون الوصى عدلا وكفؤاً للقيام بمهام الوصاية .

٢ — يجب أن يكون متمتعاً بالأهلية الكاملة . فلا يصلح للوصاية من كان قاصراً أو مجنوناً أو معتوهاً أو سفيهاً . فمثل هذا الشخص محتاج هو نفسه للرعاية ؛ فلا يسوغ أن تناط به رعاية غيره .

٣ — لايجوز أن يعين وصياً من حكم عليه فى جريمة من الجرائم المخلة بالآداب أو الماسة بالشرف أو النزاهة . ومع ذلك . إذا انقضت على تنفيذ العقوبة مدة تزيد على خمس سنوات . جاز عند الضرورة التجاوز عن هذا الشرط .

٤ — لا يجوز أن يعين وصياً من حكم عليه لجريمة كانت تقتضى قانوناً سلب ولايته على نفس القاصر . لو أنه كان فى ولايته .

٥ — لايجوز أن يعين وصياً من كان مشهوراً بسوء السيرة أو من لم يكن له وسيلة مشروعة للتعيش .

٦ — لا يصح أن يعين وصياً المحكوم بإفلاسه إلى أن يرد له اعتباره .

٧ — لا يصح أن يعين وصياً من سبق أن سلبت ولايته أو عزل من الوصاية على قاصر آخر .

٨ — ولايعين وصياً من قرر أب القاصر قبل وفاته حرمانه من التعيين [١] . متى بنى هذا الحرمان على أسباب قوية ترى المحكمة بعد تحقيقها أنها تبرر ذلك .

٩ — ولايجوز أن يعين وصياً من كان بينه هو أو أحد أصوله أو فروعه أو زوجه وبين القاصر نزاع قضائى . أو من كان بينه وبين القاصر أو عائلته عداوة . إذا كان يخشى من ذلك كله على مصلحة القاصر .

---

(١) ويجب أن يأتى الحرمان فى ورقة رسمية ، أو عرفية مصدق على إمضاء الأب فيها أو مكتوبة بخط الأب وموقعة بإمضائه .

١٠ — يجب أن يكون الوصى من طائفة القاصر ؛ فإن لم يكن ، فمن أهل مذهبه ؛ فإن لم يكن ، فمن أهل دينه .

والأصل أن المحكمة لاتعين للقاصر إلا وصياً واحداً . ولكن يجوز لها عند الضرورة أن تعين أكثر من وصى . وفى هذه الحالة ، لايجوز لأحد من الأوصياء الانفراد بإجراء عمل ما ، إلا إذا كانت المحكمة قد بينت اختصاصاً معيناً لكل منهم فى قرار تعيينه أو فى قرار لاحق . وذلك مع استثناء الإجراءات الضرورية أو المستعجلة أو المتمحضة عن نفع للقاصر ، فيجوز لأى من الأوصياء المتعددين إجراؤها . وعند الخلاف بين الأوصياء ، يرفع الأمر للمحكمة لتأمر بما يتبع (المادة ٣٠ ولاية المال) .

والقاعدة أن سلطة الوصى تثبت بالنسبة إلى كل شئون القاصر المالية . ويستثنى من ذلك الأموال التى يتبرع بها شخص للقاصر ، مع اشتراط عدم خضوعها لسلطته (المادة ٣ ولاية المال) .

وإلى جانب الوصى العادى ، الذى يمكن أن نطلق عليه الوصى العام ، على أساس أنه يتولى الإشراف ، كقاعدة عامة ، على كل شئون القاصر المالية ، تقيم المحكمة للقاصر وصياً خاصاً ، يتولى عنه أمراً من الأمور تحدده المحكمة . ويكون ذلك فى حالات معينة بينتها المادة ٣١ من قانون الولاية على المال ، التى تقضى بأنه : « تقيم المحكمة وصياً خاصاً تحدد مهمته وذلك فى الأحوال الآتية :

(أ) إذا تعارضت مصلحة القاصر مع مصلحة الولى أو مع مصلحة قاصر آخر مشمول بولايته .

(ب) إذا تعارضت مصلحة القاصر مع مصلحة الوصى أو زوجه أو أحد أصوله أو فروعه أو مع من يمثله الوصى .

(ج) إبرام عقد من عقود المعاوضة أو تعديله أو فسخه أو إبطاله أو إلغائه بين القاصر وبين الوصى أو أحد المذكورين فى البند (ب) .

(د) إذا آل للقاصر مال بطريق التبرع واشترط المتبرع ألا يتولى الولى إدارة المال .

(هـ) إذا استلزمت الظروف دراية خاصة لأداء بعض الأعمال .

(و) إذا كان الولى غير أهل لمباشرة حق من حقوق الولاية .

ويجوز للمحكمة أن تعين إلى جانب الوصى ، ولو كان مختاراً ، مشرفاً (المادة ٨٠ ولاية المال) . ويراقب المشرف الوصى فى إدارته أموال القاصر . وعليه إبلاغ المحكمة أو النيابة كل أمر تقتضى المصلحة رفعه إليهما . وعلى الوصى إجابة المشرف إلى كل مايطلبه من إيضاح عن إدارة أموال القاصر وتمكينه من فحص الأوراق والمستندات الخاصة بهذه الأموال . وعلى المشرف ، إذا شغر مكان الوصى لأى سبب من الأسباب ، أن يطلب إلى المحكمة إقامة وصى جديد . وإلى أن يباشر هذا عمله ، يقوم المشرف من تلقاء نفسه بالأعمال التى يكون فى تأجيلها ضرر للقاصر (المادة ٨١ ولاية المال) . وللمحكمة فى أى وقت أن تقرر انتهاء الإشراف ، إذا رأت زوال داعيه (المادة ٨٣ ولاية المال) .

١٣٢ — سلطة الوصى :

سلطة الوصى على أموال القاصر أضيق نطاقاً من سلطة الولى ، سيما إذا كان أباً . وهاك الخطوط العريضة التى تحدد سلطة الوصى ، سواء أكان مختاراً أم معيناً .

أولا — الأعمال النافعة للصبى نفعاً محضاً ، كقبول هبة تصدر لصالحه : وهذه الأعمال تجوز للوصى بغير إذن من المحكمة . ويلاحظ أن التبرع للقاصر المقرون بشرط من شأنه أن يحمله التزاماً ما ، لايعتبر عملا نافعاً له نفعاً محضاً ، ومن ثم لا يجوز للوصى قبوله أو رفضه إلا بإذن المحكمة .

ثانياً — الأعمال الضارة بالصبى ضرراً محضاً ، كالتبرع بماله : وهذه الأعمال لاتجوز أصلا للوصى ، ولاحتى بإذن المحكمة . ويستثنى من ذلك التبرع بمال القاصر لأداء واجب إنسانى أو عائلى ، فيسوغ للوصى إجراؤه ، ولكن بشرط أن تأذن له به المحكمة (المادة ٣٨ ولاية المال) .

ثالثاً — أعمال التصرف بعوض ، كبيع مال القاصر والتقايض عليه [١] وقسمته [٢] ورهنه والصلح والتحكيم بشأنه وحوالة حقوقه وديونه واستثمار أمواله وإقراضها : كل هذه الأعمال وغيرها مما يعتبر تصرفاً بعوض فى أموال الصغير . لاتصح للوصى مباشرتها إلا بإذن المحكمة (المادة ٣٩ ولاية المال) . ويستثنى أعمال التصرف الممنوعة على الوصى بغير إذن المحكمة ، تلك التى تجىء نتيجة لإدارة المال . فللوصى بغير إذن المحكمة أن يجرى تلك الأعمال ، كأن يبيع غلة الأرض ، وأن يشترى مايلزم لها من بذور وسماد .

رابعاً — أعمال الإدارة . الأصل أن للوصى أن يقوم بالأعمال التى تستدعيها إدارة أموال القاصر ، دون حاجة إلى إذن المحكمة . وله على الخصوص أن يؤجرها لمدة لاتزيد على ثلاث سنوات (المادة ٥٥٩) ، بشرط ألا يكون التأجير حاصلا لنفسه أو لزوجه أو لأحد أقاربهما إلى الدرجة الرابعة ، أو لمن يكون الوصى نائباً عنه ، ففى هذه الحالة الأخيرة ، لايسوغ للوصى أن يؤجر مال الصغير إلا بإذن المحكمة . وحتى فى الحالة التى لايحصل فيها التأجير للأشخاص السابقين ، تحد سلطة الوصى فى تأجير مال الصغير إذا كان من الأراضى الزراعية أو المبانى . فلا يسوغ للوصى بغير إذن المحكمة ، أن يؤجر الأراضى الزراعية لمدة تزيد على ثلاث سنوات ، وبشرط ألا تمتد الإجارة إلى مابعد بلوغ القاصر سن الرشد إلى أكثر من سنة [٣] . أما المبانى . فلا يجوز للوصى بغير إذن المحكمة أن يؤجرها ابتداء لمدة تزيد على سنة . وإذا أجر الوصى بغير إذن المحكمة مال الصغير لمدة تتجاوز الحد القانونى . أنقصت مدة الإيجار إلى هذا الحد .

---

(١) انظر : نقض ٢١ يناير ١٩٦٥ طعن ٣٠/١٠٧ ق ، مجموعة أحكام النقض س ١٦ ص ٧٣ رقم ١٢ .

(٢) انظر : نقض ١٢ مايو ١٩٦٦ طعن ٣٢/٣٠٤ق مجموعة أحكام النقض س ١٧ ص ١١٠٦ — نقض ٢٣ يناير ١٩٦٤ ، طعن ٢٩/١٩٠ ق مجموعة أحكام النقض س ١٥ ص ١٣١ رقم ٢٤ .

(٣) وهذا هو حكم كل عقارات القاصر ، فيما عدا المبانى .

١٣٣ — تجاوز الولى أو الوصى حدود سلطته :

بينا فيما سبق سلطة كل من الولى الشرعى (أباً كان أم جداً) والوصى حينما يباشران الولاية على أموال القاصر . وقد يحدث أن يتجاوز هذا أو ذاك حدود سلطته . فما عساه أن يكون الحكم فى مثل هذه الحالة ؟

ان هذا الحكم ليس بعسير . فالولى أو الوصى لايعدو أن يكون نائباً قانونياً عن القاصر . فيأخذ تجاوز السلطة منه حكم تجاوز النائب سلطته إزاء أصيله ، ومؤداه عدم نفاذ التصرف الذى يجريه خارج حدود سلطته ، فى حق القاصر مالم يقره بعد بلوغه رشده [١] . وقد سارت محكمتنا العليا مؤخراً على هذا النظر فى حكمين إثنين لها [٢] ، وإن كانت قد خالفته فى حكمين آخرين ، مقررة أن من شأن تجاوز الوصى حدود سلطته أن يقع تصرفه قابلا للإبطال لمصلحة القاصر [٣] . وهذا التكييف الأخير بعيد عن الصواب ، ومن حسن الحظ أن يكون القضاء به سابقاً على القضاء بالنظر الآخر ، الأمر الذى يحملنا على الاعتقاد بأن محكمتنا العليا قد عدلت عنه .

والحق إنه ينبغى التحرز من الوقوع فى الخلط الشائع بين التصرف غير

---

(١) راجع ما سبق ، نبذة ١١٣ .

(٢) أنظر : نقض ٣١ يناير ١٩٧٧ طعن ٥٠٨/٤٢ق مجموعة بالنقض س ٢٨ ص ٣١٠ رقم ٦٤ (وقد قضى هذا الحكم بعدم نفاذ بيع أجراه الأب نيابة عن أولاده القصر لعقار تزيد قيمته على ٣٠٠ جنيه آل إليهم من أمهم بمخالفة المادة ٧ من قانون الولاية على المال) — نقض ١٢ مايو ١٩٦٦ ، طعن ٣٠٤/٣٢ق مجموعة النقض س ١٧ ص ١١٠٦ (وقد قضى هذا الحكم بعدم الاحتجاج على القصر بقسمة رضائية أجراها وصيهم نيابة عنهم بغير الحصول على إذن محكمة الأحوال الشخصية ، ولو كان الوصى قد تعهد بالحصول على هذا الإذن ثم قصر فى ذلك) .

(٣) انظر نقض ٢١ يناير ١٩٦٥ طعن ١٠٧/٣٠ق ، مجموعة النقض س ١٦ ص ٧٣ رقم ١٢ (وقد قضى هذا الحكم بأن إبرام الوصية عقد مقايضة نيابة عن القاصر بدون الحصول على إذن المحكمة يعتبر باطلا بطلاناً نسبياً لمصلحة القاصر يصح بإجازته بعد بلوغه سن الرشد) — نقض ٢٣ يناير ١٩٦٤ طعن ١٩٠/٢٩ ق مجموعة النقض س ١٥ ص ١٣١ رقم ٢٤ (وقد قضى هذا الحكم بأن قيام الوصى بالتصرف خارج سلطاته بأن أجرى قسمة مال القاصر بغير إذن المحكمة يستتبع البطلان النسبى لمصلحة القاصر الذى يكون له ، عند بلوغه سن الرشد ، التنازل عن التمسك بالبطلان وإجازة القسمة) .

النافذ فى حق شخص معين وبين ذاك الذى يقع قابلا للإبطال لمصلحته . فالأول لايسرى فى مواجهة الشخص مالم يحصل إقراره وفقاً للقانون . فهو يبقى غير معمول به فى حقه مالم يقره . إذا قدر له أن يفعل . أما التصرف القابل للإبطال . فهو ينفذ فور إبرامه . حتى فى حق من تقرر الإبطال لمصلحته . ويبقى كذلك إلى أن يقضى بإبطاله إذا قدر له أن يأخذ هذا المصير . ثم إن التصرف القابل للإبطال يتطهر من عيبه ويصير بذلك عقداً تام الصحة بفوات ثلاث سنوات (المادة ١٤٠) . تبدأ فى حالة القصر من بلوغ الرشد . أما التصرف غير النافذ فيبقى عديم الأثر مهما طال الوقت . مادام إقراره لم يقع .

١٣٤ — عوارض الأهلية :

إذا بلغ الإنسان سن الرشد . وهى إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة . متمتعاً بقواه العقلية ، ولم تكن المحكمة قد قضت قبل بلوغها باستمرار الولاية أو الوصاية عليه . اعتبر أنه استكمل الإدراك والتمييز . وأضفى القانون عليه بالتالى أهلية الأداء كاملة . ويستمر الإنسان متمتعاً بتلك الأهلية ما بقى حياً ، مالم يدركه عارض من عوارض الأهلية .

وعوارض الأهلية هى أمور تدرك البالغ الرشيد . ويكون من شأنها أن تعدم أهليته أو تنقصها . وهى متعددة متنوعة . وتنقسم . بحسب طبيعتها . إلى مايأتى :

١ — عوارض تصيب من الإنسان عقله . فتعدم إدراكه وتمييزه ؛ وهذه هى الجنون والعته .

٢ — عوارض تلحق من الإنسان تدبيره ، فتفسده ؛ وهذه هى السفه والغفلة .

٣ — عارض لايصيب العقل ولايلحق التدبير . ولكن وجوده يصعب على الإنسان التعبير عما يريد ؛ ويتضمن هذا العارض العاهات الجسمانية .

٤ — عارض لايصيب العقل ولايلحق التدبير ولايصعب التعبير عن الإرادة ، ولكنه يؤثر فى أهلية الشخص كعقوبة جنائية تبعية ؛ وهذا هو عقوبة الجناية .

ونتكلم فى هذه العوارض على التوالى :

١٣٤ — (أ) العوارض التى تصيب العقل أو الجنون والعته :

الجنون خلل يلحق العقل ، فيعدم عند صاحبه الإدراك والتمييز . أما العته ، فقد اختلف فى تعريفه . فقال البعض إنه نوع من الجنون . يتميز بأن صاحبه لايلجأ إلى العنف ، لأنه لايضرب ولايشتم كالمجنون . فهو جنون هادىء [١] . وقال البعض الآخر إن العته يتميز عن الجنون بأنه لايعدم بالضرورة الإدراك لدى صاحبه . فقد يصل من القوة إلى حد إعدام هذا الإدراك ، وهنا يأخذ حكم الجنون . وقد يصل من القوة إلى حد إنقاص الإدراك لدى صاحبه فحسب . وهنا لايكون المعتوه معدوم الإرادة كالمجنون بل ناقصها ، ويأخذ حكم الصبى المميز [٢] .

والخلاف السابق فى تحديد المقصود بالعته لايعدو أن يكون مجرد صدى لذاك الذى قام بين فقهاء المسلمين فى شأنه . فقد رأى البعض منهم إن العته يعدم عند صاحبه الإدراك . شأنه فى ذلك شأن الجنون ، الأمر الذى جعلهم يعطون تصرفات المعتوه حكم تصرفات المجنون والصبى غير المميز . ورأى البعض الآخر من فقهاء المسلمين إن العته لايعدم عند صاحبه الإدراك . وإنما ينقصه فحسب . الأمر الذى جعلهم يعطون تصرفاته حكماً يغاير ذاك الذى يلحق تصرفات المجنون . ليتماثل مع حكم تصرفات الصبى المميز [٣] .

والتفرقة فى العته بين نوعين : أحدهما يعدم عند صاحبه الإدراك ويجعله فى حكم المجنون . وثانيهما يقتصر على أن ينقص لدى صاحبه الإدراك ويجعله فى حكم الصبى المميز . هذه التفرقة ، وإن أقرها الفقه الإسلامى فى بعض

---

(١) انظر فى هذا المعنى : عبد المنعم الصده . نظرية الحق نبذة ٩٩ .

(٢) انظر فى هذا المعنى : أستاذنا عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط فى شرح القانون الجديد مصادر الالتزام ، نبذة ١٥٧ — سليمان مرقص . المدخل للعلوم القانونية نبذة ٢٤٦ .

(٣) وقد أخذت المجلة — وهى كما نعلم تقنين لبعض قواعد الفقه الإسلامى على المذهب الحنفى — بهذا الرأى .

مذاهبه [١] كما بينا . إلا أن قانوننا المدنى لايأخذ بها ، أو على الأقل ، هو لا يأخذ بها بعد تسجيل قرار الحجر . فالمادة ٤٥/١ مدنى تجعل المعتوه فاقد التمييز ، كالمجنون تماماً . والمادة ١٤ مدنى تنص على أن تصرفات المعتوه ، بعد تسجيل قرار الحجر ، تقع باطلة ، شأنها فى ذلك شأن تصرفات المجنون تماماً . وعلى هذا ، فالعته يأخذ قانوناً حكم الجنون .

وقد أحسن مشرعنا صنعاً بعدم التفرقة بين المجنون والمعتوه فى صدد حكم تصرفاتهما . فالتفرقة بين الجنون والعته تتمثل فى خيط رفيع قد يدق بيانه .

نخلص من هذا أن كلا من الجنون والعته [٢] عاهة تلحق عقل الإنسان ، فتعدم فيه الإدراك والتمييز . وتعدم فيه بالتالى أهلية الأداء . التى مناطها الإدراك والتمييز . كما قد بينا [٣] .

فكل من المجنون والمعتوه فاقد التمييز ومعدوم أهلية الأداء (المادة ٤٥ مدنى) . وهو يأخذ حكم الصبى غير المميز . فكل تصرفاته تقع باطلة بطلاناً مطلقاً ، حتى ما كان من شأنه أن يعود عليه بالنفع المحض .

على أن المجنون أو المعتوه ، لايعتبر كذلك فى حكم القانون ، وبعبارة أخرى ، لا تنعدم أهلية الأداء عنده ، إلا بعد صدور قرار الحجر عليه من المحكمة وتسجيل هذا القرار [٤] . وفى ذلك يختلف قانوننا المصرى مع الراجح فى الفقه الإسلامى ، والذى يقول به الحنفية ، حيث يبشر بأن كلا من المجنون

---

(١) انظر فى هذا المعنى : أستاذنا الشيخ أحمد إبراهيم ، الأهلية وعوارضها والولاية فى الفقه الإسلامى ، مجلة القانون والاقتصاد س ١ ص ٣٧٤ .

(٢) وقد عرفت محكمة النقض العته بقولها : « العته آفة تصيب العقل فتعيبه وتنقص من كماله » . وهذا التعريف ، وإن أمكن له أن يتمشى مع الفقه الإسلامى فى بعض مذاهبه ، إلا أنه يبدو غير دقيق تحت ظل قانوننا المصرى : إذ أن هذا القانون لا ينظر إلى المعتوه على أنه ناقص العقل غير كامله ، وإنما ينظر إليه على اعتبار أنه معدوم العقل ، شأنه فى ذلك شأن المجنون .

(٣) راجع ما سبق ، نبذة ١٢٦ .

(٤) انظر نقض ٢٥ مايو ١٩٧٧ ، طعن ٤٥/٣٣ق مجموعة النقض س ٢٨ ص ١٢٩٣ رقم ٣٢٣ . وقد جاء فى هذا الحكم أن توقيع الحجر ورفعه لا يكون إلا بمقتضى حكم ، وأنه لا اعتداد بقيام موجب الحجر أو زواله إذا لم يصدر به حكم .

والمعتوه ، وبخلاف السفيه وذى الغفلة ، محجور عليه لذاته ، أى لمجرد كونه مجنوناً أو معتوهاً [١] ، ودون اعتبار لما إذا كان قد قضى بالحجر عليه أم لم يقض ، وسواء أكان قد نصب عليه قيم أن لم ينصَّب . ووفقاً لهذا النظر الإسلامى ، تقع تصرفات المجنون أو المعتوه مشوبة بالبطلان لمجرد صدورها منه حالة كونه مجنوناً أو معتوهاً . وهى لاتكون كذلك إلا إذا صدرت منه فى فترة جنونه أو عتهه . دون تلك التى تصدر منه فى فترة من فترات إفاقته . وذلك فى الأحوال التى يكون الجنون أو العته متقطعاً غير مطبق . أما فى ظل القانون المصرى . فمادام المجنون أو المعتوه ليس محجوراً عليه لذاته . وإنما فقط بقرار الحجر وتسجيله . فإنه لايعتبر معدوم الأهلية إلا بعد صدور قرار الحجر وتسجيله . وهو يبقى كذلك طالما بقى قرار الحجر المسجل قائماً ولم يصدر قرار آخر برفع الحجر . وسواء فى ذلك بالنسبة إلى التصرفات التى تصدر فى فترة من فترات الجنون أو العته ، أو فى فترة من فترات الإفاقة [٢] . وهكذا يتمثل الحجر . بعد تسجيل القرار الصادر به . فى ظل قانوننا المصرى ، قرينة قانونية قاطعة على انعدام الإدراك وبالتالى على انعدام الأهلية . وذلك طوال بقاء الحجر قائماً [٣] . فلا يسوغ عندئذ الادعاء بأن التصرف قد صدر من المجنون أو المعتوه فى فترة كان فيها واعياً ومدركاً لما يقول ويفعل ، بغية الوصول إلى تقرير صحة تصرفه .

وتحديد ما إذا كان الشخص مجنوناً أو معتوهاً من عدمه أمر متروك لتقدير القاضى . ويوضع زمامه بين يديه . ويفصل فيه على هدى من شواهد الحال

---

(١) انظر المادة ٩٥ من المجلة .

(٢) وقد ساير القانون المصرى فى ذلك كلا من القانون السورى (المادة ١١٤) والقانون الليبى (المادة ١١٣) . وأخذ القانون العراقى بحكم يتخالف مع ما يقضى به القانون المصرى ، مقرراً أن المجنون والمعتوه محجور عليهما لذاتهما أى بقوة القانون وبغير حاجة لحكم القاضى (المادة ٩٤) ، متجاوباً فى ذلك مع ما هو سائد فى الفقه الإسلامى وقضت به المجلة (المادة ٩٥٧) . وقد سار القانون الأردنى على النهج نفسه (المادة ١/١٢٨) . وجاء القانون المدنى الكويتى بدوره متجاوباً مع الفقه الإسلامى ، قاضياً بأن المجنون والمعتوه محجور عليهما لذاتهما ، شأنهما فى ذلك شأن الصغير (المادة ١/٨٥) .

(٣) انظر : نقض ١٩ يناير ١٩٧١ ، مجموعة النقض س ٢٢ ص ٧١ رقم ١٤ .

وخبرة المتخصصين فى الآفات العقلية ، دون أن يتقيد فى ذلك بدليل أو بآخر من أدلة الإثبات . والأمر من بعد يتمثل مسألة موضوعية ، أى أنه يدخل فى سلطة قاضى الموضوع التقديرية ، من غير معقب عليه من محكمة النقض ، مادام حكمه يقوم على أسباب سائغة من شأنها أن تحمله (١) .

وليس ضرورياً لإثبات الجنون أو العته قضاء ، بغية توقيع الحجر على صاحبه بسببه ، أن يكون قد صدرت من الشخص بالفعل تصرفات تنم عن حالته . فمجرد قيام الجنون أو العته مسوغ كاف لتوقيع الحجر . فتوقيع الحجر ليس عقوبة أو جزاء عن تصرفات تصدر من الشخص ، وإنما هو مجرد إجراء يستهدف به حمايته (٢) .

وإذا وصلنا إلى أن كلا من المجنون والمعتوه لايعتبر ، فى ظل قانوننا المصرى ، منعدم الأهلية إلا بصدور قرار الحجر وتسجيله (٣) ، فإن ذلك

---

(١) انظر نقض ٥ يناير ١٩٧٧ ، مجموعة أحكام النقض س ٢٨ ص ١٨٩ . وقد جاء فى هذا الحكم أن لمحكمة الموضوع ، فى سبيل توقيع الحجر للعته ، مطلق الحرية فى تقدير قيام حالة العته باعتبارها تتعلق بفهم الواقع فى الدعوى ، فلا تخضع فى قضائها هذا لرقابة محكمة النقض ، متى كان استخلاصها سائغاً . وانظر فى نفس المعنى : نقض أول يناير ١٩٧٤ طعن ٥٣ و ٥٧/ ٣٨ق مجموعة النقض س ٢٥ ص ٩٢ رقم ١٨ . وانظر كذلك نقض ١٩٧١/١/١٩ ، طعن ٣٦/٢٧٠ ق مجموعة النقض س ٢٢ ص ٧١ رقم ١٤ .

(٢) أنظر نقض ٥ يناير ١٩٧٧ السابقة الإشارة إليه . وقد جاء فى هذا الحكم فى خصوص الحجر للعته ما يأتى : « الحجر للعته لا يقصد منه توقيع عقوبة على المحجور ، وإنما يريد المشرع به حماية المحجور فى أمواله ، بأن يدرأ عنه ما قد تؤدى إليه حالته . ومن ثم فليس بلازم أن يعلق توقيع الحجر على حصول تصرفات تدل على فساد التدبير لدى الشخص ، طالما تحقق الحكم من موجب الحجر بقيام حالة العته » . ويلاحظ على صياغة هذا الحكم أنه جعل فساد التدبير هو المسوغ للحجر للعته ، فى حين أن المسوغ للعته هو خلل فى العقل ، وليس فى مجرد فساد التدبير ، الذى ينهض مسوغاً للحجر للسفه أو الغفلة فحسب .

(٣) ويأخذ حكم تسجيل قرار الحجر تسجيل طلب الحجر المقدم للمحكمة . فإعمالا للمادة ١٠٢٨ من قانون المرافعات الصادر برقم ٧٧ لسنة ١٩٤٩ (والذى لم يشملها الإلغاء بمقتضى قانون المرافعات الحالى الصادر فى سنة ١٩٦٨) ، تعتبر تصرفات المجنون أو المعتوه باطلة إذا جاءت بعد تسجيل طلب الحجر ، وقدر لهذا الطلب أن تستجيب له المحكمة فتصدر قرارها بتوقيع الحجر .

الحكم ليس مطلقاً . فهو لايعدو أن يكون الأصل العام . ويرد على هذا الأصل استثناءان هامان . يعتبر كل من المجنون والمعتوه بمقتضاهما عديم الأهلية . حتى قبل صدور قرار الحجر عليهما وتسجيله . وقد تضمنت المادة ١١٤ هذين الاستثناءين . فبعد أن قررت . فى فقرتها الأولى . وقوع تصرفات المجنون والمعتوه باطلة إذا صدرت منه بعد تسجيل قرار الحجر . جاءت فى فقرتها الثانية تقول : « ٢ — أما إذا صدر التصرف قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد أو كان الطرف الآخر على بينة منها » . وهكذا فاستثناء من الأصل العام . يعتبر المجنون أو المعتوه عديم الأهلية حتى قبل تسجيل قرار الحجر عليه فى الحالتين الآتيتين :

الحالة الأولى — شيوع حالة الجنون أو العته وقت التعاقد : إذا كانت حالة الشخص من الجنون أو العته شائعة عند إجرائه التصرف . اعتبر عديم الأهلية عندئذ . وبطل من ثم تصرفه . حتى لو كان المتعاقد معه نفسه على غير بينة من حقيقة حالته . ويقصد بشيوع حالة الجنون أو العته عند الشخص أن تكون معروفة من سواد الناس ممن يخالطونه أو يجاورونه أو يتعايشون معه .

الحالة الثانية — علم المتعاقد مع المجنون أو المعتوه بحالته : إذا كان المتعاقد مع المجنون أو المعتوه على بينة من حقيقة حالته . اعتبر هذا أو ذاك عديم الأهلية ، وبطل بالتالى تصرفه، حتى لو كانت حالة الجنون أو العته غير شائعة بين الناس فى مجموعهم .

خلاصة كل ماسبق أن المجنون أو المعتوه . فى ظل قانوننا المصرى . لايعتبر عديم الأهلية إلا بعد صدور قرار الحجر عليه وتسجيله . وذلك مالم تكن حالته شائعة . عند إجراء التصرف . أو كان المتعاقد معه على بينة من حالته وقت التعاقد . ويوقع الحجر بقرار من المحكمة (دائرة الأحوال الشخصية) . كما يرفع أيضاً بقرار منها . ولايعتبر الحجر واقعاً على الشخص ، كما أنه لايرفع الحجر عنه بعد توقيعه عليه . إلا بمقتضى قرار المحكمة ، وذلك حتى لو قام به قبل ذلك القرار مقتضى توقيع الحجر أو رفعه .

والقرار الصادر من المحكمة بتوقيع الحجر أو برفعه ، بوصف أنه ينشىء للشخص حالة مدنية ، له حجية مطلقة على الناس كافة [١] . فهو يسرى حتى على من لم يكن طرفاً فى الدعوى .

١٣٥ — حكم تصرفات المجنون أو المعتوه :

لتحديد حكم تصرفات المجنون أو المعتوه ، يلزمنا ، فى ضوء ماتقدم ، التفريق بين مرحلتين : المرحلة السابقة على تسجيل قرار الحجر ، والمرحلة اللاحقة لتسجيل هذا القرار .

١٣٦ — حكم تصرفات المجنون أو المعتوه قبل تسجيل قرار الحجر :

المجنون أو المعتوه ، كما سبق لنا أن بينا ، لايعتبر ، بحسب الأصل ، معدوم الأهلية إلا بعد تسجيل قرار الحجر ، مع ملاحظة أن القانون يجعل لتسجيل طلب الحجر أثر تسجيل القرار الصادر به [٢] ، بالنسبة إلى الحكم الذى يلحق التصرفات الصادرة من المجنون أو المعتوه ، شأن تصرفاتهما فى ذلك شأن تصرفات السفيه وذى الغفلة (المادة ١٠٢٨ من قانون المرافعات القديم الصادر فى سنة ١٩٤٩) . وإذ كان الأمر كذلك ، فإن الأصل أن تقع تصرفات المجنون أو المعتوه ، قبل تسجيل قرار الحجر (أو قبل تسجيل طلب الحجر إن كان هذا الطلب قد تسجل) صحيحة لاباطلة ، مالم تكن قد صدرت منه حالة كون جنونه أو عتهه شائعاً ، أو كان المتعاقد الآخر على بينة منه [٣] . وفى ذلك جاءت المادة ١١٤ / ٢ مدنى تقضى بأنه :

---

(١) نقض ١/١/١٩٧٤ ، طعن ٥٣ ، و ٣٨/٥٧ق مجموعة النقض س ٢٥ ص ٩٢ رقم ١٨ . وقد جاء فى هذا الحكم أن القرار الصادر بتوقيع الحجر للعته — بوصفه منشئاً الحالة المدنية — له حجية مطلقة تسرى فى حق الناس جميعاً .

(٢) انظر : نقض ٢/١١/١٩٦٥ طعن ٣١/١٣ق مجموعة النقض س ١٦ ص ٦٥٣ رقم ١٥١ . وقد جاء فى هذا الحكم أن تسجيل طلب الحجر يترتب عليه ما يترتب على تسجيل قرار الحجر نفسه .

(٣) ويكفى لبطلان تصرف المجنون أو المعتوه أحد الأمرين : شيوع الحالة أو علم المتعاقد الآخر بها . فلا يلزم اجتماع الأمرين معاً . كما أنه فى خصوص علم المتعاقد الآخر بالجنون أو العته ، يكفى مجرد هذا العلم . فلا يلزم التواطؤ أو الاستغلال ، بخلاف الحال فى السفه والغفلة . =

« ٢ — أما إذا صدر التصرف (من المجنون أو المعتوه) قبل تسجيل قرار الحجر عليه . فلا يكون باطلا إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد . أو كان الطرف الآخر على بينة منها » .

ولكن هل يتعين الأخذ بتلك النتيجة بصفة مطلقة . بمعنى أن تكون تصرفات المجنون أو المعتوه . قبل تسجيل قرار الحجر عليه ، وفى غير الحالتين المنصوص عليهما فى المادة ١١٤ / ٢ . صحيحة دائماً ، أى حتى ولو ثبت أنه كان فعلا مجنوناً أو معتوهاً عند إبرامها . أم أن تلك التصرفات تقع باطلة ، على أساس آخر غير انعدام الأهلية . هو انعدام الإرادة ؟

لم يثر هناك شك حول هذه المسألة فى ظل القانون المدنى القديم . وكان الرأى المجمع عليه حينئذ هو أنه إذا ثبت أن الشخص كان عند إبرام التصرف مجنوناً أو معتوهاً ، وقع التصرف باطلا على أساس انعدام الإرادة . ولو كان لم يحجر عليه بعد ، ولو كان جنونه أو عتهه غير شائع . ولو كان المتعاقد معه على غير بينة من حالته [1] .

ولـكن المادة ١١٤ / ٢ من القانون المدنى الحالى تثير الشك . فهى تقول إن تصرف المجنون أو المعتوه ، قبل تسجيل قرار الحجر ، لايكون باطلا . إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد . أو كان المتعاقد الآخر على بينة من حالته . فهل يفهم من هذه المادة أن تصرف المجنون

= أنظر فى ذلك : نقض ١٩٦٦/١٢/٢٩ طعن ٣٢/٢٨٣ق ، مجموعة أحكام النقض س ١٧ ص ٢٠٢٤ — نقض ١٩٦٧/٦/١٥ طعن ٣٤/١٤٧ق ، مجموعة النقض س ١٨ ص ١٢٩٨ .

(١) وقد أقرت محكمتنا العليا هذا الرأى فى أحكام عديدة لها . انظر من أحكامها الحديثة : نقض ٣١ أكتوبر ١٩٤٦ ، مجموعة القواعد القانونية لأحكام النقض (مجموعة عمر) ج ٥ ص ٢٣٨ رقم ١٠٦ — نقض ٢٩ ديسمبر ١٩٤٩ . مجموعة أحكام النقض المدنية ، س ١ رقم ٤٣ ص ١٣٩ ؛ وقد جاء فى هذا الحكم أن العته يعدم إرادة من يصاب به فتقع تصرفاته باطلة من وقت ثبوته ، وأن هذا البطلان لا يكون نتيجة لانسحاب أثر قرار الحجر (بعد توقيعه) على الماضى ، وإنما لثبوت حالة العته المعدم لإرادة المعتوه وقت صدور التصرف منه . وانظر أيضاً نقض ٢٢ نوفبر ١٩٥١ ، مجموعة أحكام النقض المدنية . س ٣ رقم ١٨ ص ٩٣ ؛ وقد جاء فى هذا الحكم أن البيع الصادر من شخص معتوه ، حجر عليه بعد إبرامه ، يقع باطلا لانعدام إرادته عند إبرامه ، لا نتيجة سحب أثر قرار الحجر على التصرفات السابقة على وقوعه .

أو المعتوه قبل تسجيل قرار الحجر ، وفى غير الحالتين السابقتين ، يقع صحيحاً دائماً ، أى حتى لو ثبت أنه كان فعلا مجنوناً أو معتوهاً عند إبرامه ؟

واضح أن حرفية المادة ١١٤ / ٢ تؤدى إلى الأخذ بهذا الحكم . ومن الممكن أن يقال فى تبريره إن استقرار المعاملات ومراعاة حسن نية المتعاقد مع المجنون أو المعتوه يقتضيانه . وقد قالت به فعلا محكمة النقض [١] ؛ كما أن بعض الفقهاء يؤيدونه [٢] .

بيد أننا لانستطيع الأخذ بهذا الرأى . لأن الإرادة أساس التصرف . ولايمكن لهذا أن يقوم إلا إذا جاء نتيجة إرادة مدركة مميزة . فإذا ثبت أن شخصاً معيناً كان بالفعل مجنوناً أو معتوهاً حين إبرامه تصرفاً معيناً ، وقع هذا التصرف باطلا بالضرورة ، ولو لم يكن قد حجر على هذا الشخص بعد ، ولو كان جنونه أو عتهه غير شائع ، ولو كان الطرف الآخر على غير بينة من حالته . لأن الجنون أو العته يذهب بذاته عن الشخص الإرادة ، دون

---

(١) انظر نقض ٢٢ نوفمبر ١٩٥١ ؛ مجموعة أحكام النقض المدنية س ٣ رقم ١٨ ص ٩٣ (وقد سبقت الإشارة إليه) . وقد جاء فى هذا الحكم ، الذى فصل فى قضية ثار فيها نزاع حول بطلان عقد بيع أبرمته ، قبل صدور القانون المدنى الجديد ، إمرأة معتوهة لم يكن قد حجر عليها بعد ، ما يأتى : « أما المادة ١١٤ من القانون المدنى الجديد فقد سنت حكما جديداً لم يكن مقرراً فى القانون الذى كان معمولا به وقت حصول التصرف ، إذ أوجبت لبطلان التصرف السابق على تسجيل قرار الحجر أن تكون حالة العته شائعة أو يكون المتصرف إليه على بينة منها . وهو ما لم يوجبه القانون السابق » . وانظر فى نفس الإتجاه : نقض ١١/١١/١٩٦٥ طعن ٤٦٠/٣٠ق مجموعة النقض س ١٦ ص ١٠٣١ رقم ١٦٠ — نقض ١٩/١/١٩٧١ طعن ٢٧٠/٣٦ق مجموعة أحكام النقض س ٢٢ ص ٧١ .

(٢) انظر عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط ج ١ . ويقول أستاذنا الكبير بدون تفريق عند الكلام فى أهلية المجنون (نبذة ١٥٦) : « فالمجنون تصرفاته بعد تسجيل الحجر باطلة . وتصرفاته قبل تسجيل الحجر صحيحة مادامت حالة الجنون غير شائعة وغير معروفة من الطرف الآخر » . فى حين أنه يقول ، عند الكلام عن الإرادة (نبذة ٧٢) ، باعتبارها ركناً فى العمل القانونى ، إن المجنون يعتبر معدوم الإرادة دون تفرقة بين ما إذا كان قد حجر عليه أم لا . وانظر فى نفس الاتجاه القائل بصحة التصرفات الصادرة من المجنون أو المعتوه قبل تسجيل قرار الحجر : حسن كيره ، أصول القانون نبذة ٣٠٩ — عبد المنعم البدراوى ، النظرية العامة للالتزامات ج نبذة ١٢٤ — توفيق فرج ، المدخل للعلوم القانونية نبذة ٣٩٦ .

توقف على أى أمر آخر . على أن البطلان هنا لايجىء نتيجة انعدام الأهلية ولـكن نتيجة انعدام الإرادة .

ولا يسوغ أن يعترض على هذا الحكم بنص المادة ١٤٤ / ٢ . فهذه المادة . كما يدل عليه مكانها [١] ، لاتعرض إلا لبطلان تصرفات المجنون أو المعتوه على أساس انعدام الأهلية عنده . وقد رأينا أن البطلان فى حالتنا يؤسس على أمر آخر . هو انعدام الإرادة . وهو يبنى على نص آخر ، هو نص المادة ٨٩ التى تستلزم الرضا ، كركن أساسى لقيام العقد .

وهكذا نصل إلى أن تصرفات المجنون أو المعتوه قبل الحجر عليه تقع باطلة . ولو كان جنونه غير شائع . ولو كان المتعاقد معه على غير بينة من أمره . ومرد البطلان هنا إلى انعدام الإرادة لدى المجنون أو المعتوه . فهو لايؤسس على انعدام الأهلية عنده [٢] .

ويلاحظ أن الفارق كبير بين تأسيس البطلان على انعدام الأهلية لدى المجنون أو المعتوه ، وبين تأسيسه على انعدام الإرادة عنده . فإذا كان الجنون أو العته شائعاً وقت التعاقد . أو كان المتعاقد مع المجنون أو المعتوه على بينة من حالته . اعتبر الشخص معدوم الأهلية . وأخذ حكم المحجور عليه . ويترتب على ذلك أن طالب البطلان لا يلزم بإثبات قيام حالة الجنون أو العته عند التعاقد ، فوجود هذه الحالة يفترض عندئذ . أما إذا كان الجنون أو العته غير شائع عند التعاقد ، ولم يكن الطرف الآخر على بينة من هذه الحالة . اعتبر المجنون كامل الأهلية ، واستحال تقرير البطلان على أساس انعدام الأهليه . فإذا أريد تأسيس البطلان على انعدام الإرادة ، على اعتبار أن الجنون أو العته يذهب عن الشخص إرادته . تحتم على طالبه أن يثبت قيام

---

(١) فهذه المادة تجىء بين المواد التى تعرض للأهلية كشرط لازم لصحة العقد .

(٢) انظر فى هذا المعنى عبد المنعم الصدة ، نظرية الحق ، نبذة ١٠٤ — شفيق شحاته ، النظرية العامة للحق ص ٨٥ — أحمد حشمت أبو ستيت ، نظرية الالتزام ج ١ مصادر الالتزام ، نبذة ١٤٦ .

الجنون أو العته حال إجراء التصرف بالذات [١] . بحيث إنه إذا عجز عن هذا الإثبات . أو أثبت الطرف الآخر أن المجنون أو المعتوه كان مفيقاً فى ذات اللحظة التى أبرم فيها التصرف . وقع التصرف صحيحاً . ولذى المصلحة أن يثبت قيام الجنون أو العته بكل طرق الإثبات ، بما فيها شهادة الشهود . والتقدير النهائى لقاضى الموضوع [٢] .

١٣٧ — حكم تصرفات المجنون أو المعتوه بعد تسجيل قرار الحجر : المجنون أو المعتوه . كما سبق لنا أن بينا يحجر عليه من المحكمة (دائرة الأحوال الشخصية) . وتعين له هذه المحكمة قيما يشرف على شئونه المالية . ويجب تسجيل طلب توقيع الحجر . ثم قرار الحجر بعد صدوره .

وإذا صدر قرار الحجر وسجل . أصبح المجنون أو المعتوه معدوم أهلية الأداء [٣] . ويستمر هكذا إلى أن تصدر المحكمة قراراً برفع الحجر عنه . ويترتب على انعدام أهلية المجنون أو المعتوه ، بعد الحجر عليه . أن جميع تصرفاته التى يبرمها بعدئذ تقع باطلة بطلاناً مطلقاً . أى معدومة [٤] . لاتفرقة فى ذلك بين نوع وآخر من هذه التصرفات . فكل تصرفاته تقع باطلة ، ولو كان من شأنها أن تعود عليه بالنفع المحض . كقبول الهبة . ولاتفرقة

---

(١) على أن مجرد إثبات قيام الجنون أو العته عند التعاقد يكفى . فلا يلزم إثبات توافر التحايل على القانون أو التواطؤ على تفويت حكمه . كما هى الحال بالنسبة إلى السفيه إذا أريد إبطال التصرفات السابقة لحجر عليه . انظر فى هذا المعنى نقض ٢٩ ديسمبر ١٩٤٩ ، مجموعة أحكام النقض المدنية ، س ١ رقم ١٣ ص ١٤٩ .

(٢) انظر نقض ٣١ أكتوبر ١٩٤٦ مجموعة القواعد القانونية (مجموعة عمر) ج ٥ رقم ١٠٦ ص ٢٠٨ — نقض ٢٢ نوفبر ١٩٥١ ، مجموعة أحكام النقض المدنية س ٣ رقم ١٨ ص ٩٣ .

(٣) بل إنه إذا كان طلب توقيع الحجر على المجنون أو المعتوه قد سجل ، ثم صدر قرار الحجر بعد ذلك ، اعتبر المجنون أو المعتوه معدوم الأهلية ابتداء من تسجيل ذلك الطلب .

(٤) ويلاحظ أن القانون الفرنسى لا يوقع تصرف المجنون باطلا . وإنما قابلا للابطال فحسب . وذلك برغم التسليم بانعدام الإرادة عنده ، وذلك لمجرد التمشى مع اعتبارات المصلحة ، وحتى يمتنع على المتعاقد مع المجنون التخلص من العقد ، إذ تصادف وكانت للمجنون فيه فائدة (انظر المادة ٤٨٩ فرنسى) . وذلك مثال فذ لانحناء فن صناعة القانون أمام مصلحة الناس .

أيضاً بين ماإذا كان المجنون أو المعتوه قد أجرى التصرف فى حالة جنونه أو عتهه ، وبين ماإذا كان قد أجراه فى فترة من فترات إفاقته ، إن كان جنونه أو عتهه متقطعاً غير مطبق ، وتتخلله فترات إفاقة .

١٣٨ — (ب) العوارض التى تصيب الإنسان فى تدبيره أو السفه و الغفلة :

السفيه هو من يبذر المال على غير مقتضى العقل والشرع [١] ، حتى لو كان ذلك فى وجه من وجوه الخير [٢] . أو هو ، كما عرفته محكمة النقض فى الحديث من أحكامها [٣] . من يبذر المال ويتلفه فيما لايعده العقلاء من أهل الديانة غرضاً صحيحاً ، أو هو ، كما عرفته المادة ٩٤٦ من المجلة . « الذى يصرف ماله فى غير موضعه ويبذر فى مصارفه ويضيع أمواله ويتلفها بالإسراف ... » .

فالسفه ضعف فى بعض الملكات الضابطة فى النفس يحمل صاحبه على تبذير ماله وإتلافه [٤] فيما يتجاوز المشروع والمعقول فى نظر الحكماء من الناس ، أو هو خفة فى الإنسان [٥] تحمله على ماسبق . ويلاحظ أن مجرد إنفاق المال لايعتبر فى ذاته سفهاً ، وإن كبر . وإنما يجب أن يعوّل فى الأساس على الظروف التى حملت الشخص على هذا الإنفاق والغرض الذى تغياه به . فليس يعتبر بالضرورة سفهاً أن يتبرع الشخص، مثلا، بالكثير الأغلب من ماله ، بل وبكل ماله ، لزوجه وأولاده الصغار ، مدفوعاً فى ذلك

---

(١) انظر : نقض ١٩٥٧/٦/٢٠ ، مجموعة النقض س ٨ ص ٦١٩ رقم ٦٩ — نقض ١٩٥٨/٥/١٥ ، مجموعة النقض س ٩ ص ٥٠١ رقم ٦٠ .

(٢) ويلاحظ أن الشافعية يخالفون السائد فى الفقه الإسلامى ، فلا يعتبرون الشخص سفيها إذا كان تجاوز الإنفاق عن المألوف قد وقع منه فى وجه من وجوه الخير .

(٣) انظر : نقض ١٩٧٤/٣/٢٧ ، طعن ٣١/٤٠ ق (أحوال شخصية) مجموعة النقض س ٢٥ ص ٥٩٣ رقم ٩٥ — نقض ١٩٦٦/٢/٢ طعن ٣١/٣٣ق (أحوال شخصية) ، مجموعة النقض س ١٧ ص ٢٣٧ رقم ٣١ — نقض ١٩٧٢/١٠/٢٥ ، مجموعة النقض س ٢٣ ص ١٢١٦ .

(٤) نقض ١٩٥٨/٥/١٥ السابقة الإشارة إليه .

(٥) انظر : نقض ١٩٧٤/٣/٢٧ السابقة الإشارة إليه .

بالتوادد والتعاطف والتراحم والرغبة فى تأمين المستقبل وضمانه [١] . كما أنه لايعتبر بالضرورة سفهاً أن يتبرع الشخص بالأغلب من أمواله لآخر ، مدفوعاً بالوفاء لصنيعه والاعتراف بجميله . لاسيما إذا لم يكن للمتبرع أولاد يرثونه من بعد وفاته [٢] .

وإذا كان السفه يتمثل ، كما أسلفنا ، فى تبذير المال وإتلافه ، فهو لايمس من الإنسان عقله . وإنما يمس تدبيره أمره . فالسفيه كامل العقل ، ولكنه سيىء التدبير فاسده .

وتحديد ماإذا كان الشخص سفيهاً من عدمه أمر متروك فى النهاية للقضاء . وكل مايتوجب على القاضى هنا هو أن يعتد بالمقومات التى يجب توافرها فى السفه والتى بيناها . وتسير محكمة النقض على إخضاع تقدير قاضى الموضوع لقيام السفه من عدمه لرقابتها [٣] . بخلاف ما تسير عليه فى شأن الجنون

---

(١) انظر : نقض ١٩٥٧/٦/٢٠ السابقة الإشارة إليه . وقد جاء فى هذا الحكم أن « السفه هو إنفاق المال على غير مقتضى الشرع والعقل . ولما كان تصرف الطاعن فى كل ما يملك لزوجته ولأولاده الصغار ، سواء أكان هذا التصرف بعوض أو بغير عوض لا مخالفة فيه لمقتضى الشرع والعقل ، بل هو تصرف تمليه الرغبة فى تأمين مستقبل الزوجه والصغار الذين يرعاهم ؛ وليس من شأن هذا التصرف إتلاف المال فى مفسدة ، بل أن فيه حفظ المال لمن رأى الطاعن أنه أحق أهله به . إذ الشرع لا يحرم على الإنسان الخروج عن ماله حال حياته كلا أو بعضا لأحد ورثته لمصلحة مشروعة يقدرها ، ولو قصد من ذلك حرمان بعض ورثته مما عساه قد يؤول إليهم ، كما أن مثل هذا التصرف لا ينافى العقل ... » .

(٢) انظر : نقض ١٩٦٦/٢/٢ السابقة الإشارة إليه . وقد قضى هذا الحكم بانتفاء السفه عن إمرأة عجوز صماء بكماء ، حالة كونها أرملة لم تنجب ، برغم أنها تبرعت بالجزء الأغلب من أموالها لواحد من أبناء شقيقتها إضراراً بباقى إخوته ، مدفوعة فى ذلك بالوفاء له ، لكونه قد تولى رعايتها بين أهله بعد ترملها . وقد بنى الحكم قضاءه على قوله إن أفعال المرأة تكشف عن أوضاع جارية ومتعارفة قوامها التراحم والتضامن الاجتماعى ومما يحض عليه التشريع الإسلامى . وبالتالى فهى لا تنطوى على خفة من جانبها ، وليس فيها ما ينبىء عن إنفاقها المال وإتلافه على غير ما يقتضيه العقل والشرع .

(٣) انظر : نقض ١٩٥٧/٦/٢٠ ونقض ١٩٦٦/٢/٢ السابقة الإشارة إليهما . وقد قضى كل من هذين الحكمين بنقض الحكم المطعون فيه والقاضى بالحجر للسفه ، تأسيساً على عدم توافر مقتضاه فى وقائع الدعوى .

والعته [١] . ولعل السبب فى التفرقة هنا بين الجنون والعته من ناحية . والسفه من ناحية أخرى ؛ لعل هذا السبب يكمن فى أن الجنون والعته يقومان على خلل فى العقل . ويتمثلان بالتالى أمراً من أمور الواقع . فى حين أن السفه يقوم على مخالفة التصرفات التى يجريها صاحبه للعقل والشرع فى نظر الحكماء من الناس . فتحديده بهذه المثابة أقرب إلى أن يكون مسألة قانون، لأنه أقرب إلى أن يكون مسألة تكييف .

أما ذو الغفلة . فهو من كان طيب القلب إلى حد السذاجة . بحيث تجره طيبته وبلاهته إلى أن يغبن فى المعاملات . أو الغفلة . كما عرفتها محكمة النقض . « هى ضعف بعض الملكات الضابطة فى النفس ترد على حسن الإدارة والتقدير . ويترتب على قيامها بالشخص أن يغبن فى معاملاته مع الغير » [٢] . فذو الغفلة كامل العقل . فالعلة ليست فى عقله . وإنما فى سذاجته وفرط الطيبة فى قلبه . الأمر الذى يجره إلى عدم تمكنه من حسن تدبيره أمره ، مما يؤدى به إلى أن يغبنه غيره فى معاملاته معهم . والغفلة تشترك مع السفه فى أن كلا منهما يقوم على ضعف بعض الملكات الضابطة فى النفس على نحو يبعد بين الشخص وبين حسن التدبير [٣] . ولكنهما يختلفان فى أن السفه يؤدى بصاحبه إلى تبذير ماله والإسراف فى إنفاقه . فى حين أن الغفلة تؤدى بصاحبها إلى عدم سلامة التقدير فيغبن فى معاملاته [٤] . [٥] .

---

(١) راجع ما سبق ، نبذة ١٣٤ .

(٢) انظر : نقض ٢٠ يونيه ١٩٥٦ ، مجموعة أحكام النقض س ٨ ص ٦٠٩ رقم ٦٩ .

(٣) انظر : نقض ١٥ مايو ١٩٥٨ ، مجموعة النقض س ٩ ص ٥٠١ رقم ٦٠ . وقد جاء فى هذا الحكم : « السفه والغفلة بوجه عام يشتركان فى معنى واحد هو ضعف بعض الملكات الضابطة فى النفس . إلا أن الصفة المميزة للسفه هى أنها تعترى الإنسان فتحمله على تبذير المال على خلاف مقتضى العقل والشرع . أما الغفلة ، فإنها تعتبر صورة من صور ضعف بعض الملكات النفسية ترد على حسن الإدارة والتقدير ... » .

(٤) انظر نقض ٢٣ ديسمبر ١٩٥٤ ، مجموعة النقض س ٦ ص ٢٨٦ رقم ٤٩ . وقد جاء فى هذا الحكم : « لم يجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على تعريف صاحب الغفلة . فقال بعضهم إنه الشخص الذى لا يهتدى إلى التصرفات الرابحة لسلامة قلبه فيغبن فى تصرفاته . ويرى آخرون أنها امتداد لفكرة السفه . على أنه من المتفق عليه أنها من العوارض التى تعترى الإنسان فلا تخل بالعقل من الناحية الطبيعية، وإنما تنقص من قوة ملكات نفسية أخرى أخصها الإدارة وحسن =

والسفيه وذو الغفلة يخضعان فى الأساس لحكم واحد . وهما لايعتبران معدومى الأهلية ، كالصبى غير المميز والمجنون والمعتوه ، ولكنهما يعتبران ناقصيها فحسب . وهما يأخذان حكم الصبى المميز . وفى ذلك تقضى المادة ٤٦ بأنه : « كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد . وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيهاً أو ذا غفلة ، يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون » .

بيد أن السفيه وذا الغفلة لا يعتبران ناقصى الأهلية ، إلا بعد الحجر عليهما . فهما ليسا محجوراً عليهما لذاتهما ، وإنما يحجر عليهما بحكم القاضى [1]. فالمحكمة (دائرة الأحوال الشخصية) توقع عليهما الحجر ، كما توقعه على المجنون والمعتوه . والأصل أنهما لا يعتبران ناقصى الأهلية ، إلا بعد صدور قرار الحجر وتسجيله ، مع ملاحظة أن تسجيل طلب الحجر يأخذ حكم القرار الصادر به ، إذا قدر لهذا الطلب أن تستجيب المحكمة له .

وهكذا فلمعرفة مدى أهلية السفيه أو ذى الغفلة وحكم التصرفات التى يجريانها ، لابد أن نفرق بين مرحلتين : المرحلة السابقة على الحجر ، والمرحلة اللاحقة له .

١٣٩ — حكم تصرفات السفيه وذى الغفلة قبل الحجر عليهما : القاعدة أن السفيه وذا الغفلة ، قبل الحجر عليهما ، يعتبران كاملى الأهلية . وعلى ذلك ، فالأصل أن جميع تصرفاتهما تقع فى هذه المرحلة صحيحة . ولا يمكن

= التقدير . وقد يستدل عليها بإقبال الشخص على التصرفات دون أن يهتدى إلى الرابح فيها أو بقبوله فاحش الغبن فى تصرفاته عادة أو بأيسر وسائل الانخداع على وجه يهدد المال بخطر الضياع . والحكمة فى توقيع الحجر بسببها هى المحافظة على مال المحجور عليه حتى لا يصبح عالة على المجتمع وكذلك المحافظة على مصالح الأسرة وغيرها من المصالح المشروعة كمصالح الدائنين » .

(٥) وقد نظرت المجلة إلى الغفلة على اعتبار أنها نوع من السفه . فقد جاء فى المادة ٩٤٦ منها : « والذين يغفلون فى أخذهم وعطائهم ، ولم يعرفوا طريق تجارتهم ، بسبب بلاهتهم وخلو قلوبهم يعدون أيضاً من السفهاء » .

(١) وفى هذا يتفق حكم قانوننا المصرى مع ما يقضى به الفقه الإسلامى ، الذى يقول بدوره إن السفيه وذا الغفلة لا يحجر عليهما إلا بقضاء القاضى ، بخلاف المجنون والمعتوه اللذين يعتبران محجور عليهما لذاتهما فى السائد عند فقهاء المسلمين .

إبطال هذه التصرفات على أساس انعدام الإرادة . فالسفيه وذو الغفلة يعتبران كاملي العقل . كما قدمنا .

على أنه إذا كانت القاعدة هي أن السفيه أو ذا الغفلة يعتبر كامل الأهلية إلى أن يحجر عليه ، وأن تصرفاته تقع بالتالي صحيحة إلى هذا الوقت . إلا أنه يرد على تلك القاعدة الاستثناءان الآتيان :

١ — التصرفات التي تجيء نتيجة استغلال حالة السفه أو الغفلة : ويقصد بالاستغلال هنا أن يعلم المتعاقد مع السفيه أو ذي الغفلة بحالته . فيعمد إلى أن يغتنم الفرصة . وأن يفيد مما يتسم به غريمه من سوء تدبيره أمره : لتبذيره وإسرافه . أو لبلاهته وفرط الطيبة في قلبه ، ويصل من وراء ذلك إلى مزايا مفرطة لاتتعادل مع مايقدمه هو أو يتحمل به من التزامات . فلا يكفي هنا ، للقول بحصول الاستغلال . أن يكون المتعاقد مع السفيه أو ذي الغفلة عالماً بحالته . وإنما يلزم أن يعمد إلى أن يصل من وراء قيام تلك الحالة على مزايا مفرطة لاتتعادل مع التزاماته [1] . وليس يوجد بالضرورة معيار محدد لمعرفة ما إذا كان ثمة تعادل في الالتزامات من عدمه ولا لتحديد قدر التفاوت بين ما يأخذه السفيه أو ذو الغفلة ومايعطيه . فالأمر متروك لقاضي الموضوع يفصل فيه بسلطته التقديرية ومن غير معقب عليه من محكمة النقض ، طالما بني قضاؤه على أسباب سائغة من شأنها أن تحمله [2] .

٢ — التصرفات التي تجيء نتيجة التواطؤ بين السفيه أو ذي الغفلة وبين من يتعاقد معه : وصورة التواطؤ هنا أن يُتوقع الحجر . فيعمد السفيه

(١) انظر في هذا الإتجاه من أحكام النقض : نقض ١٩٦٢/٢/١٥ ، مجموعة أحكام النقض س ١٣ ص ٢٦٨ — نقض ١٩٦٤/٢/١ طعن ٢٩/٢٠٠ ق مجموعة أحكام النقض س ١٥ ص ٧٠٦ رقم ١١٢ — نقض ١٩٦٨/١/١١٤ ، طعن ٣٤/٤٤٦ق مجموعة أحكام النقض س ١٩ ص ١٣٤٥ رقم ٢٠٤ — نقض ١٩٦٥/٦/٢٤ طعن ٣٠/٤٤٤ق مجموعة أحكام النقض س ١٦ ص ٥١٨ رقم ١٢٩ — نقض ١٩٦٩/١/٢٨ طعن ٣٥/٦١ق مجموعة النقض س ٢٠ ص ١٨٢ رقم ٣٠ — نقض ١٩٧٠/٥/٢٨ طعن ٣٥/٣٩٦ق مجموعة النقض س ٢١ ص ٩٢٠ رقم ١٤٧ .

(٢) انظر : نقض ١٩٦٥/٦/٢٤ السابقة الإشارة إليه .

أو ذو الغفلة ، بالتدبير والاتفاق مع الطرف الآخر ، إلى المبادرة إلى إجراء التصرف استباقاً للزمن وتفويتاً لأثر الحجر المرتقب [١] .

هذان هما الاستثناءان اللذان يردان على القاعدة التي تقضي بصحة التصرفات الصادرة من السفيه أو ذي الغفلة قبل الحجر عليه . ومؤدى هذين الاستثناءين أن التصرفات التي تجئ نتيجة الاستغلال [٢] أو التواطؤ — وأحد هذين الأمرين يكفي فلا يلزم اجتماعهما معاً [٣] — لا تكون صحيحة ، وإنما القانون يعطيها نفس الحكم الذي كان ليثبت لها لو أنها حصلت بعد الحجر ، فتكون باطلة أو قابلة للإبطال ، على حسب ما إذا كانت ضارة بالسفيه أو ذي الغفلة ضرراً محضاً ، أو دائرة بين النفع والضرر [٤] . وقد تضمن القانون القاعدة التي تقضي بصحة تصرفات السفيه وذي الغفلة قبل الحجر عليهما والاستثناءين اللذين يردان عليها في المادة ١١٥ / ٢ ، وفي ذلك هي تقضي بأنه : « أما التصرف الصادر (من السفيه أو ذي الغفلة) قبل تسجيل قرار الحجر فلا يكون باطلا أو قابلا للإبطال ، إلا إذا كان نتيجة استغلال أو تواطؤ » .

١٤٠ — حكم تصرفات السفيه وذي الغفلة بعد الحجر عليهما : بعد الحجر على السفيه أو ذي الغفلة وتسجيل قرار الحجر [٥] ، يصبح كل منهما

---

(١) انظر في تحديد المقصود بالتواطؤ مع السفيه أو ذي الغفلة توقعاً للحجر الأحكام التي أشرنا إليها في خصوص استغلال حالة السفه أو الغفلة في هامش ١ ص ٣٨٣ .

(٢) ويلاحظ أن الاستغلال عيب عام يلحق رضاء الشخص . وهو يكون في الحالة التي يستغل فيها شخص طيشاً بيناً أو هوى جامحاً لدى شخص آخر (المادة ١٢٩) : على أنه تجب التفرقة بين الاستغلال العادي ، واستغلال حالة السفه أو الغفلة ، فالحكم في الحالتين ليس واحداً . فالتصرف الذي يجيء نتيجة الاستغلال العادي ، يقع قابلا للإبطال أو لإنقاص التزامات الشخص الذي استغل فيه الطيش أو الهوى ، على وفق ما يراه القاضي (المادة ١٢٩) . أما التصرف الذي يجيء نتيجة استغلال السفه أو الغفلة ، فيأخذ حكم تصرفات السفيه أو ذي الغفلة بعد الحجر عليه ، وهذا ما يجعله باطلا أو قابلا على حسب الأحوال .

(٣) انظر : نقض ١٩٦٩/١/٢٨ طعن ٣٥/٦١ق مجموعة النقض س ٢٠ ص ١٨٢ رقم ٣٠ .

(٤) انظر : نقض ١٩٥٧/٤/١١ ، مجموعة النقض س ٨ ص ٤٠٤ رقم ٤١ .

(٥) وإذا كان طلب توقيع الحجر قد سجل ، ثم صدر قرار الحجر بعد ذلك ، اعتبر السفيه أو ذو الغفلة ناقص الأهلية من وقت تسجيل الطلب ، وليس فقط من وقت تسجيل قرار توقيع الحجر .

ناقص الأهلية . ويأخذ حكم الصبي المميز . وفي ذلك تقضي المادة ١١٥ / ١ بأنه : « إذا صدر تصرف من ذى الغفلة أو من السفيه بعد تسجيل قرار الحجر . سرى على هذا التصرف مايسرى على تصرفات الصبي المميز من أحكام » .

وإذا أخذ السفيه أو ذو الغفلة . بعد تسجيل قرار الحجر عليه . حكم الصبي المميز . فإن مقتضى ذلك أن تثبت له أهلية الاغتناء كاملة . أما أهلية الافتقار أو أهلية إجراء التصرفات الضارة ضرراً محضاً ، فالأصل أنها معدومة لدى السفيه وذى الغفلة . كما هى معدومة عند الصبي المميز . فإن أجرى السفيه أو ذو الغفلة أحد هذه التصرفات . كأن وهب ماله لآخر أو أبرأ مدينه من دين له عليه . وقع هذا التصرف باطلا . على أنه يستثنى من الأعمال الضارة ضرراً محضاً . الوصية والوقف . فيصح للسفيه أو لذى الغفلة إجراؤهما . بشرط إذن المحكمة فى ذلك [1] . وقد تضمنت المادة ١١٦ / ١ هذا الاستثناء بقولها : « يكون تصرف المحجور عليه لسفه أو لغفلة بالوقف أو الوصية صحيحاً . متى أذنته المحكمة فى ذلك » .

أما أهلية التصرف بعوض . فلا تثبت للسفيه أو لذى الغفلة إلا ناقصة . بمعنى أنه إذا أجرى تصرفاً بعوض . كأن باع أو اشترى . وقع تصرفه قابلا للإبطال .

تبقى بعد ذلك أهلية الإدارة . وهى كأهلية التصرف بعوض . لا تثبت للسفيه أو لذى الغفلة إلا ناقصة . بمعنى أنه إذا أجرى تصرفاً مما يدخل فى أعمال الإدارة . كأن أجر ماله ، وقع تصرفه قابلا للإبطال . على أنه يصح للمحكمة أن تأذن السفيه فى تسلم أمواله وإدارتها ، كلها أو بعضها . وفى هذه الحالة ، يصح له أن يجرى أعمال الإدارة فى الحدود المرسومة للصبي البالغ

---

(١) ويلاحظ هنا الفرق بين السفيه أو ذى الغفلة وبين الصبي المميز ؛ فهذا الأخير لا يجوز له أن يجرى من الأعمال الضارة به ضرراً محضاً إلا الوصية دون الوقف ، وبشرط إذن المحكمة ، وأن يكون قد بلغ الثامنة عشرة من عمره . راجع ما سبق ، نبذة ١٢٧ .

الثامنة عشرة المأذون فى الإدارة (راجع ١١٦ / ٢ مدنى والمادة ٦٧ من قانون الولاية على المال) .

ويستمر السفيه أو ذو الغفلة ناقص الأهلية فى الحدود التى رسمناها . إلى أن تقضى المحكمة برفع الحجر عنه .

١٤١ — الولاية على مال المجنون والمعتوه والسفيه وذى الغفلة :

رأينا أنه إذا اعترى الإنسان جنون أو عته أو غفلة أو سفه . أوقعت المحكمة الحجر عليه . وأنه يترتب على قرار الحجر وتسجيله أن يصبح المجنون والمعتوه عديمى الأهلية . والسفيه وذو الغفلة ناقصيها .

وإذا كان الأمر هكذا . وجب أن ينصب على المحجور عليه شخص يشرف على شئونه الماليه . ويتولى عنه إجراء التصرفات التى لايستطيع هو إجراءها بنفسه . وهذا الشخص هو القيم .

والقيم تعينه المحكمة (دائرة الأحوال الشخصية) ، بناء على طلب أى ذى شأن أو النيابة العامة .

وعلى المحكمة أن تعهد بالقوامة لابن المحجور عليه ، إذا كان بالغاً وتوافرت فيه شروط القوامة ، فإن لم يكن له ابن توافرت فيه شروط القوامة ، عهدت بها إلى أبيه . ثم إلى جده ؛ فإذا لم يكن له ابن ولا أب ولا جد توافرت فيه شروط القوامة . عهدت بها المحكمة إلى من تختاره هى [١] . وفى ذلك تقضى المادة ٦٨ من قانون الولاية على المال بأنه : « تكون القوامة للابن البالغ ثم للأب ثم للجد ثم لمن تختاره المحكمة » .

---

(١) ونسير محكمة النقض على أن الترتيب الذى يفرضه القانون فى تعيين القيم ، والذى يبنه فى المتن ، لا يعدو أن يكون « قيداً على المحكمة فى الاختيار وقت التعيين » . فإذا لم تراعه المحكمة وصار حكمها انتهائياً ، ما ساغ عزل القيم لهذا السبب وحده . إذ أن العزل لا يكون إلا إذا توافرت أسبابه المحدده فى المادة ٤٩ من قانون الولاية على المال ، وليس من بينها عدم مراعاة ترتيب القوامه . انظر : نقض ٨ يونيه ١٩٨٢ طعن ١٤/ ٥١ ق ، أحوال شخصية ، المحاماه س ٦٢ ع ٧ و ٨ ص ٢٩ رقم ٤٠ .

ويشترط فى الشخص ، لكى يعين قيما ، أن تتوافر فيه الشروط اللازمة فى الوصى [١] ، والتى تضمنتها المادة ٢٧ من قانون الولاية على المـــال [٢] .

وللقيم أيا من كان ، أى حتى ولو كان ابناً أو أباً أو جداً للمحجور عليه ، نفس السلطة التى تثبت للوصى على أموال القاصر ، ويسأل مسئوليته (المادة ٧٨ ولاية المال) .

ويجوز للمحكمة أن تعين مع القيم مشرفاً يراقبه فى إدارة شئون المحجور عليه . وللمشرف على القيم نفس سلطة المشرف على الوصى (المادة ٨٠ ولاية المال) .

١٤٢ — (ج) العوارض التى تصعب على الإنسان التعبير عن إرادته أو العاهات الجسمانية :

عرفنا أن الإنسان ، بعد بلوغه رشده ، قد تلحقه عوارض تصيب عقله أو تدبيره ، فيعتبره القانون معدوم الأهلية أو ناقصها ، الأمر الذى يترتب عليه عدم أهليته فى إجراء التصرفات المالية ، كلها أو بعضها على حسب الأحوال . وهنا ينصب على الإنسان قيم يتولى ، نيابة عنه ، إجراء التصرفات التى لا يستطيع قانوناً أن يقوم بها بنفسه .

وقد تعترض الإنسان عاهات تلحق جسمه ، فلا تمس عقله ، ولا تصيب تدبيره ، ولذلك يبقى كامل الإدراك سليم التدبير ، ولكنه يتعذر عليه بسبب عاهاته أن يعبر عن إرادته تعبيراً صحيحاً ، أو يخشى عليه بسببها من عدم

---

(١) انظر فى الشروط اللازمة فى الشخص لكى يعين وصياً ، ما سبق ذكره بهذا الصدد نبذة ١٣١ .

(٢) على أنه إذا كان الشخص الذى يراد تعيينه قيما ابناً أو أباً أو جداً للمحجور عليه ، ساغ للمحكمة ، إذا رأت فى ذلك مصلحة ، أن تطرح جانباً الشرط القاضى بوجوب ألا يكون الشخص محكوماً عليه فى جريمة من الجرائم المخلة بالآداب أو الماسة بالشرف أو النزاهة ، وكذلك الشرط القاضى بوجوب ألا يكون الشخص قد حكم بإفلاسه إلى أن يرد له اعتباره (انظر المادة ٦٩ ولاية المال) .

تبين ظروف التصرف الذى يجريه . ولهذا يقرر القانون لمثل هذا الشخص نظام المساعدة القضائية . ومقتضى هذا النظام أن يعين القضاء للشخص الذى نحن بصدده مساعداً يعاونه فى إجراء التصرف وفى تفهم ظروفه ، ويكون بمثابة المترجم له وعنه .

ولكى تتقرر المساعدة القضائية للإنسان ، يجب أن يتوافر فيه الشرطان الآتيان :

١ — يجب أن يجمع بين عاهتين على الأقل من ثلاث . وهى الصمم والبكم والعمى . كأن يكون الشخص أصم أبكم أو أعمى أصم أو أعمى أبكم . وواضح أن اجتماع عاهتين من العاهات الثلاث السابقة من شأنه . فى أغلب الأحوال . أن يعجز الشخص عن تفهم ظروف التصرف الذى يجريه ، وعن التعبير عن إرادته بشأنه .

وإذا كانت القاعدة هى أن المحكمة لا تعين المساعد القضائى للشخص إلا إذا اجتمعت فيه عاهاتان على الأقل من العاهات الثلاث السابقة . إلا أنه يجوز لها مع ذلك أن تعين له المساعد القضائى . ولو لم تكن به أية عاهة منها ، إذا رأت فيه عجزاً جسمانياً شديداً يخشى بسببه عليه من انفراده بمباشرة التصرف فى ماله . أيًّا ماكانت طبيعة هذا العجز . وقد استحدث قانون الولاية على المال الصادر فى ٣٠ يولية سنة ١٩٥٢ العجز الجسمانى الشديد . كسبب لإخضاع صاحبه لنظام المساعدة القضائية . بعد أن كان القانون المدنى وقانون المحاكم الحسبية من قبله . يستلزمان لذلك توافر عاهتين من العاهات الثلاث التى بيناها .

٢ — ولايكفى اجتماع العاهتين أو العجز الجسمانى الشديد لإخضاع الشخص لنظام المساعدة القضائية ، بل يلزم أن يكون من شأن هذا أو ذاك أن يتعذر عليه التعبير عن إرادته . فإذا اجتمعت العاهات بشخص أو أثقله العجز الجسمانى الشديد . ولكنه بقى مع ذلك قادراً على تفهم ظروف التصرف الذى يجريه والتعبير عما يريده بشأنه . ما حق إخضاعه لنظام المساعدة القضائية .

وقاضى الموضوع هو الذى يقدر ما إذا كان من شأن العاهات الجسمانية أن يتعذر على صاحبها التعبير عن إرادته من عدمه . وذلك دون معقب عليه من محكمة النقض .

وقد تضمنت المادة ٧٠ من قانون الولاية على المال شروط تعيين المساعد القضائى ، وهى فى ذلك تقول : « إذا كان الشخص أصم أبكم أو أعمى أصم أو أعمى أبكم وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته جاز للمحكمة أن تعين له مساعداً قضائيا يعاونه فى التصرفات المنصوص عليها فى المادة ٣٩ (وهى التصرفات التى لا يجوز للوصى إجراؤها إلا بإذن المحكمة) — ويجوز لها ذلك أيضاً إذا كان يخشى من انفراد الشخص بمباشرة التصرف فى ماله بسبب عجز جسمانى شديد » [١] .

ويلاحظ أن ولاية المساعد القضائى تختلف فى مداها عن ولاية الولى أو الوصى أو القيم . فالقاعدة ، بالنسبة إلى هؤلاء الثلاثة الأخيرين ، أن ولايتهم تقع عامة بالنسبة إلى كل تصرفات ناقص الأهلية أو عديمها . أما المساعد القضائى ، فولايته مقصورة على التصرفات التى تقرر المحكمة لزوم معاونته لذى العاهتين فى إبرامها . فإذا صدر قرار المحكمة بمساعدة ذى العاهتين فى إجراء تصرف أو تصرفات معينة ، اقتصرت ولاية المساعد القضائى عليها ، وبقى ذو العاهتين كامل الأهلية بالنسبة إلى غيرها . وقد حددت

---

(١) أول القوانين التى عرضت فى مصر لنظام المساعدة القضائية هو قانون المحاكم الحسبية الصادر فى ١٣ يولية سنة ١٩٤٧ ، وذلك فى المواد ٤٧ و ٤٨ و ٤٩ منه (وقد ألغيت هذه المواد بقانون الولاية على المال) . ثم جاء القانون المدنى الجديد وتعرض لهذا النظام ، وقد نقل عن قانون المحاكم الحسبية الحكم الذى ضمنه المادة ١١٧ بفقرتيها . وأتت الفقرة الأولى من هذه المادة تعرض لشروط تعيين المساعد القضائى ؛ وهى فى ذلك تقول : « إذا كان الشخص أصم أبكم ، أو أعمى أصم أو أعمى أبكم ، وتعذر عليه بسبب ذلك التعبير عن إرادته ، جاز للمحكمة أن تعين له مساعداً قضائيا يعاونه فى التصرفات التى تقتضى مصلحته فيها ذلك» . ويلاحظ أن هذا النص يخالف بعض الشىء ما جاءت به المادة ٧٠ من قانون الولاية على المال ، وهو يعتبر معدلا فى الحدود التى يخالفها فيه . أما نص الفقرة الثانية من المادة ١١٧ مدنى ، الذى يبين حكم التصرفات التى يجريها من عين له المساعد القضائى ، فيبقى سليما .

المادة ٧٠ من قانون الولاية على المال التصرفات التى يجوز للمحكمة إخضاعها لنظام المساعدة القضائية بتلك التى لايجوز للوصى إجراؤها إلا بإذن المحكمة . وأهمها التصرف فى المـــال ، منقولا كان أم عقاراً . وإيجار العقار لمدة تزيد على ثلاث سنوات .

وتختلف ولاية المساعد القضائى كذلك فى طبيعتها عن ولاية كل من الولى والوصى والقيم . فكل من هؤلاء الثلاثة الأخيرين يعتبر نائباً عن ناقص الأهلية ، يباشر عنه تصرفاته فى الحدود التى يرسمها القانون . دون حاجة إلى تدخل ما من ناقص الأهلية . فإرادة الولى أو الوصى أو القيم هى التى يعتد بها فى إبرام تصرفات ناقص الأهلية . دون إرادة هذا الأخير . أما المساعد القضائى . فلا يعتبر ، بحسب الأصل ، نائباً عن ذى العاهتين فى مباشرة التصرف . فهذا الأخير كامل الإدراك . وإرادته هى التى يعتد بها فى إبرام تصرفاته . فهو من ثم ليس فى حاجة إلى شخص يرتضى التصرف مكانه ونيابة عنه . كل ماهنالك هو أنه فى حاجة إلى من يساعده فى إظهار إرادته وفى تفهم ظروف التعاقد الذى يجريه ، فيجىء دور المساعد القضائى . لكى يعاونه فى إظهارها . ويكون بمثابة المترجم له وعنه [1] . ولذلك فالأصل أن المساعد القضائى . لاينفرد بإجراء التصرف عن ذى العاهتين . ولكنه يشترك معه فى إجرائه فحسب (المادة ٧١ / ١) .

وإذا اشترك المساعد القضائى مع ذى العاهتين فى إجراء تصرف معين من التصرفات التى تلزم المساعدة فيها ، اختلف دور كل منهما . فذو العاهتين هو الذى يريد . ولايعتد إلا بإرادته . أما المساعد القضائى . فدوره مقصور على أن يساعد ذا العاهتين فى تفهم ظروف التصرف وفى التعبير عن إرادته بشأنه . وإذا انفرد المساعد القضائى بإجراء التصرف . ما سرى تصرفه فى حق ذى العاهتين . وذلك مالم تكن المحكمة قد أمرت بهذا الانفراد . وفق ما تقضى به المادة ٧١ من قانون الولاية على المال .

---

(١) راجع المذكرة الإيضاحية لقانون المحاكم الحسبية ، فيما جاء فيها تعليقاً على حكم المادتين ٤٧ و ٤٨ منه .

واشتراك المساعد القضائى فى إجراء التصرف الخاضع للمساعدة لازم لصحته . وإذا امتنع عن الاشتراك فى إجراء تصرف معين من التصرفات التى تلزم فيها المساعدة ، جاز رفع الأمر للمحكمة . فإن رأت المحكمة أن الامتناع فى غير محله، أذنت المحكوم بمساعدته بالانفراد فى إبرام التصرف، أو عينت شخصاً آخر للمساعدة فى إبرامه ، وفقاً للتوجيهات التى تبينها فى قرارها (المادة ٧١ / ٢ ولاية المال) .

وإذا كانت القاعدة العامة هى أن اشتراك المساعد القضائى لايغنى عن تدخل ذى العاهتين فى إبرام التصرف ، إلا أن المشرع لاحظ أنه من الممكن أن تعرض حالات لاتسمح فيها حالة هذا الأخير بأن يبرم التصرف حتى بمعاونة المساعد القضائى ، ويكون من شأن عدم إجراء هذا التصرف أن يعرض مصالحه للخطر . وفى هذه الحالات ، يخول المشرع المساعد القضائى رفع الأمر للمحكمة . ولهذه المحكمة أن تأمر ، بعد التحقيق ، بانفراد المساعد القضائى بإجراء التصرف (المادة ٧١ / ٣ ولاية المال) . وفى هذه الحالة وحدها ، يكون للمساعد القضائى صفة النائب ، بمعناها الحقيقى ، عن ذى العاهتين .

يظهر مما سبق أنه إذا تعين لذى العاهتين مساعد قضائى ، وجب أن يشترك الإثنان معاً فى إجراء التصرفات التى تلزم فيها المساعدة . أما بالنسبة إلى التصرفات التى لايشملها قرار المساعدة ، فتبقى لذى العاهتين الأهلية كاملة فى إجرائها وحده .

ولكن ما الحكم إذا أجرى ذو العاهتين ، دون اشتراك المساعد القضائى تصرفاً من تلك التى تلزم فيها المساعدة ؟

لمعرفة هذا الحكم ، تلزم التفرقة بين التصرفات السابقة على تسجيل قرار تعيين المساعد القضائى ، وبين تلك اللاحقة له .

فالتصرفات التى يبرمها ذو العاهتين ، قبل تسجيل قرار تعيين المساعد

القضائى . تقع صحيحة ، فى حدود القواعد القانونية العامة [١] . ولا يستثنى من ذلك إلا الحالة التى يبرم فيها التصرف بعد رفع طلب المساعدة القضائية إلى المحكمة وتسجيله ، والحالة التى يكون فيها المتعاقد مع ذى العاهتين سىء النية ، أى يعلم عند إبرام التصرف بسبق طلب المساعدة القضائية من المحكمة .

والسبب فى صحة التصرفات التى تبرم قبل تسجيل قرار المساعدة القضائية هو أن ذا العاهتين كامل الإدراك ، ولا يعتبر ناقص الأهلية إلا بعد أن يحكم بالمساعدة القضائية ويسجل القرار القاضى بذلك .

أما التصرفات التى يبرمها ذو العاهتين دون اشتراك مساعده بعد تسجيل قرار المساعدة القضائية ، فتقع قابلة للإبطال لصالحه وحده ، دون المتعاقد معه . وقد تضمنت المادة ١١٧ / ٢ مدنى هذا الحكم بقولها : « ويكون قابلا للإبطال كل تصرف من التصرفات التى تقررت المساعدة القضائية فيها ، متى صدر من الشخص الذى تقررت مساعدته قضائيا بغير معاونة المساعد ، إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار المساعدة » [٢] .

---

(١) فإذا ثبت ، مثلا ، أن ذا العاهتين قد وقع فى غلط ، جاز له أن يطلب إبطال التصرف على أساس الغلط ، على نحو ما تقتضيه القواعد القانونية العامة . على أنه يلاحظ هنا الفارق الهام بين حكم التصرف الذى يجريه ذو العاهتين قبل تسجيل قرار المساعدة القضائية ، وبين حكم التصرف الذى يجريه بعد ذلك . فى الحالة الأولى ، لا يحكم القاضى بالإبطال ، إلا إذا أثبت ذو العاهتين أنه فى وقع غلط تتوافر فيه الشروط القانونية . أما فى الحالة الثانية ، فيحكم القاضى بالإبطال ، إذا طلبه منه ذو العاهتين ، لمجرد أن المساعد القضائى لم يشترك معه فى إبرامه ، دون أن يكلف بإثبات أى أمر آخر .

(٢) وقد نقل القانون المدنى هذا النص عن نص المادة ٤٨ من قانون المحاكم الحسبية الملغى . وقد أسست المذكرة الإيضاحية لهذا القانون الأخير حكم البطلان النسبى الذى يلحق التصرفات التى يجريها ذو العاهتين بعد تسجيل قرار المساعدة القضائية دون معاونة مساعده ، على وقوعه فى غلط ، على اعتبار أن القانون يقيم هنا قرينة قانونية لا تقبل الدليل العكسى على قيام هذا الغلط . وهذا التعليل ، فى رأينا ، غير صائب . إذ أنه لو كان الأمر كما قالت المذكرة الإيضاحية ، لوجب أن يكون الطرف الآخر قد وقع بدوره فى غلط ، أو كان على علم به ، أو كان من السهل عليه أن يتبينه (المادة ١٢٠ مدنى) . وذلك فى حين أن البطلان النسبى (وبصياغة أدق القابلية للإبطال) فى حالتنا يتحقق التصرف فى كل الظروف ، دون حاجة إلى إثبات أى أمر مما سبق =

ويستمر حكم تصرفات ذى العاهتين على نحو ماقدمنا ، إلى أن تقضى المحكمة برفع المساعدة عنه .

١٤٣ — المحكوم عليه بعقوبة الجناية :

بمقتضى المادة ٢٥ من قانون العقوبات ، يحد من أهلية الأداء لدى الشخص الذى يحكم عليه بعقوبة الجناية . فترفع عنه إدارة أمواله . ويعهد بها إلى قيم يختاره هو وتصدق عليه المحكمة المدنية التى يقع فى دائرتها موطنه ، أو تعينه هذه المحكمة فى غرفة مشورتها ، إذا لم يختر المحكوم عليه أحداً لتولى القوامة عليه ، وذلك بناء على طلب النيابة العمومية أو أى ذى شأن . أما التصرف فى المال ، فلايعهد به إلى القيم ، ولكن يظل يتولاه المحكوم عليه ، بشرط أن تأذن المحكمة المدنية به ؛ فإن لم يأت منها هذا الإذن ، وقع التصرف باطلا . ويتساوى مع إجراء التصرف فى المال تعهد المحكوم عليه بأى التزام .

والحد من الأهلية لايلحق هنا إلا المحكوم عليه بعقوبة الجناية ، وهى السجن والأشغال الشاقة المؤبدة والإعدام . أما المحكوم عليه بالحبس ، وهو عقوبة المخالفة والجنحة ، فلا يحد من أهليته .

ولايلحق الحد من أهلية المحكوم عليه بعقوبة الجناية إلا بعد اعتقاله وطوال مدة هذا الاعتقال . فهو لايلحقه قبل الاعتقال ، ولا بعد الإفراج .

ويلاحظ أن الحد من أهلية المحكوم عليه بعقوبة الجناية لايجىء نتيجة خلل يصيب منه العقل أو التدبير أو يصعب عليه التعبير ، فهو خال من كل ذلك ، ولكنه يجىء كعقوبة تبعية لعقوبة الجناية ، ومراعاة للصالح العام ، حتى لايكون فى مباشرة المحكوم عليه التصرف فى ماله مايساعده على الفرار

= والحقيقة أن القابلية للإبطال تؤسس هنا على نقص أهلية ذى العاهتين ؛ ذلك النقص الذى يفترض القانون وجوده بمجرد صدور قرار المساعدة القضائية ، وإن استلزم لسريان أثره فى حق الغير تسجيله . والظاهر أن قانوننا المدنى يأخذ بهذا التعليل ؛ لأنه أورد حكم ذى العاهتين بين أحكام الأهلية دون أحكام الغلط .

من السجن أو مخالفة ماتقضى به قواعده . ويترتب على ذلك أنه إذا تصرف المحكوم عليه فى ماله بغير إذن المحكمة المدنية ، أو قام بتأجيره ، وقع تصرفه باطلا وليس قابلا للإبطال .

١٤٤ — استعمال الطرق الاحتيالية لإخفاء نقص الأهلية :

عرفنا أن تصرفات ناقص الأهلية (وهو الصبى المميز ، والسفيه وذو الغفلة بعد الحجر عليهما ، وذو العاهتين بعد إخضاعه لنظام المساعدة القضائية) تقع فى مجموعها قابلة للإبطال لصالحه . ويحق لناقص الأهلية بعد اكتمال أهليته ، أو يحق لنائبه قبل ذلك ، أن يطلب إبطال التصرف .

وثمة حقيقة أولى واضحة جلية ، وهى أنه لايغير شيئاً من أحكام الأهلية على نحو مايقضى به القانون أن يدعى القاصر أو غيره من ناقصى الأهلية وعديميها توافر الأهلية لديه ، إذا كانت هى فى الحقيقة غير ذلك [١] . فأحكام الأهلية من النظام العام فى الصميم ، فلا يغير منها إدعاء ما ، أو حتى اتفاق يقع بمخالفتها .

ولكن الأمر قد لايقتصر على مجرد أن يدعى القاصر اكتمال الأهلية لديه ، حالة كونها فى الحقيقة غير ذلك ، وإنما قد يلجأ إلى طرق احتيالية من شأنها أن توهم بصحة ادعائه ، كما إذا أبرز شهادة ميلاد مزورة ، أو صنع فى نفسه مايجعله أكثر سناً مما هو عليه ، أو قدم مطبوعات عليها اسمه مقترناً برقم للسجل التجارى باعتباره عضواً فى شركة [٢] . فما عساه أن يكون الحكم فى مثل هذه الحالة ؟

تصدت المادة ١١٩ لحكم مثل هذه الحالة قائلة : « يجوز لناقص الأهلية أن يطلب إبطال العقد ، وهذا مع عدم الإخلال بإلزامه بالتعويض ، إذا لجأ إلى طرق احتيالية ليخفى نقص أهليته » .

---

(١) و (٢) انظر : نقض ٣ مارس ١٩٧٠ طعن ٣٦/٢٩ق ، مجموعة النقض س ٢١ ص ٣٩٦ رقم ٦٤ .

فإخفاء النقص فى الأهلية لا يمنع القاصر ومن فى حكمه من التمسك بإبطال التصرف الذى يجريه . إعمالا لأحكام الأهلية ذاتها . ذلك لأن مثل هذا العمل لا يجعل من ناقص الأهلية كاملها .

ولكن إذا حق لناقص الأهلية أن يتمسك بالإبطال . برغم التجائه إلى الطرق الاحتيالية لإخفاء نقص الأهلية عنده ، إلا أن هذا الفعل يعتبر منه عملا خاطئاً غير مشروع . ولذلك فهو يتحمل بالالتزام بتعويض المتعاقد معه عن الضرر الذى يسببه له الإبطال . والمادة ١١٩ تصرح بقيام هذا الالتزام. وهى إذ تقرر ذلك ، لا تفعل أكثر من تقرير تطبيق تشريعى للمسئولية التقصيرية . اعتباراً بأن ناقص الأهلية . بالتجائه إلى الحيلة والخداع لإخفاء نقص أهليته . يرتكب عملا خاطئاً غير مشروع ، فإن سبب بذلك ضرراً لمن تعاقد معه . التزم بتعويضه عنه .

فالطرق الاحتيالية التى يلجأ إليها ناقص الأهلية لإخفاء نقص أهليته لا تحرمه . وفق ماتقضى به أحكام الأهلية ذاتها من حق طلب إبطال التصرف . ولكن من شأنها تحمله بالالتزام بتعويض الطرف الآخر عن الضرر الذى يسببه له الإبطال . ولايوجد ثمة مايمنع القاضى من أن يرى أن خير سبيل لتعويض المتعاقد مع ناقص الأهلية هو قيام التصرف المطلوب إبطاله [١] . وهكذا قد يحرم ناقص الأهلية فى النهاية من طلب الإبطال . ولكن هذا الحرمان لايجىء نتيجة اعتباره كامل الأهلية . ولكن على أساس التعويض الذى يلتزم به للطرف الآخر . إعمالا للمسئولية التقصيرية . وهكذا يتمثل حكم المادة ١١٩ تطبيقاً تشريعيا لنظرية الخطأ عند تكوين العقد . التى سوف نعرض لها فيما بعد عند تناول نظرية البطلان [٢] .

---

(١) انظر نقض ٣ مارس ١٩٧٠ السابقة الإشارة إليه . وقد جاء فى هذا الحكم أن مفاد المادة ١١٩ مدنى « أنه إذا لجأ ناقص الأهلية إلى طرق احتيالية لإخفاء نقص أهليته ، فإنه وإن كان يجوز له طلب إبطال العقد لنقص الأهلية ، إلا أنه يكون مسئولا عن التعويض للغش الذى صدر منه عملا بقواعد المسئولية التقصيرية ، ولا يكفى فى هذا الخصوص أن يقتصر ناقص الأهلية على القول بأنه كاملها ، بل يجب أن يستعين بطرق احتيالية لتأكيد كمال أهليته ... » .

(٢) انظر ما سيجىء ، نبذة ٢٥١ .

المطلب الثانى

عيـــوب الرضـــاء

١٤٥ — يقصد بعيوب الرضاء vices de consentement أمور تلحق إرادة أحد المتعاقدين أو كليهما فتفسد منه الرضاء ، دون أن تجهز عليه [١] . فرضاء المتعاقد هنا موجود . كل ما فى الأمر أن إرادته لاتجىء سليمة ، إما لأنها أتت على غير بينة من حقيقة الأمر ، أو لأنها أتت عن غير كامل حرية واختيار .

والعيوب التقليدية التى تشوب الرضاء، على نحو ما عرفه الفكر القانونى منذ أمد طويل ، هى الغلط والتدليس والإكراه . ووجد إلى جانبها الغبن ، الذى ، وإن لم يكن ، فى حقيقته وبمجرده وذاته ، عيباً يشوب الرضاء ، إلا أنه اعترف له ، فى بعض الأحيان،وفى حالات خاصة تحددها النصوص ، بتأثير على العقد ، اعتباراً بأنه يخل إخلالا كبيراً بمبدأ المساواة بين طرفيه .

---

(١) وفكرة عيوب الرضاء لم تظهر فى القانون الرومانى إلا فى وقت متأخر نسبياً ، حينما بدأ ظهور مبدأ الرضائية فى العقود . ففى الوقت الذى كانت تسود فيه الشكلية فى إبرام العقود ، لم يكن لعدم سلامة الرضاء أى اعتبار ، بل لم يكن للإرادة فى ذات وجودها أهمية . فطالما احترمت الطقوس والأشكال الواجبة ، فالعقد منعقد وصحيح ، حتى لو كانت إرادة أحد المتعاقدين أو كليهما فاسدة ، بل حتى لو كانت غير موجودة أصلا . وبالتدريج ، وبفعل البريتير ، أخذ الإكراه والتدليس ثم من بعد الغلط تشق طريقها إلى القانون . بيد أن ظهور هذه العيوب لم يأت بهدف حماية الإرادة فى ذاتها ، وإنما بتأثير من اعتبارات الأخلاق والعدالة . فالإكراه والتدليس ، باعتبارهما متنافيين مع مقتضيات الخلق الجميل وحسن سير العدالة ، باتا يعتبران من قبيل الجرائم المحظورة قانوناً ، الأمر الذى كان يؤدى إلى عدم إعطاء العقد قوته الملزمة ، لا على اعتبار فساد الإرادة ، وإنما كمجرد جزاء يوقع على المتعاقد الذى لجأ إليهما بالضغط والقسر على غريمه أو الحيلة والخداع . وهكذا نشأ الإكراه والتدليس فى القانون الرومانى ، لا على أساس أنهما عيبان يشوبان الإرادة ، ولكن على أساس أنهما عيبان يشوبان العقد ذاته . أما الغلط ، فلم يحتل فى ظل القانون الرومانى إلا مكاناً ضيقاً ، بسبب أنه لا يأتى نتيجة أفعال مؤثمة من المتعاقد الآخر . راجع فيما سبق :

Dalloz, Répertoire de droit civil, vices de consentement, no 31.

ومنذ عهد ليس بجد بعيد ، وبتأثير من القوانين ذات النزعة الجرمانية ، أخذ عيب رابع من عيوب الرضاء يشق طريقه ويثبت أقدامه ويرسخ وجوده فى دنيا القانون ، وينفذ إلى تقنينات الكثير من البلاد المختلفة . ومن بينها مصرنا . وهذا العيب هو الاستغلال [١] .

وقد أخذ قانوننا المصرى بفكرة عيوب الرضاء ، باعتبارها عيوباً ترد على الإرادة فتفسدها دون أن تجهز عليها ، وأخذ بها فى رباعتها (الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال) ، ملحقاً بها الغبن ، وتناول أحكامها فى المواد (من ١٢٠ إلى ١٣٠) .

وسوف نبدأ بالغلط ، ثم نتبعه بالتدليس ، ثم بالإكراه ، لننتهى من عيوب الرضاء بالاستغلال ، وبعد ذلك نتناول الغبن ، وإن كان بذاته وبمجرده لايعتبر فى الحقيقة من عيوب الرضاء .

أولا : الغلــط

١٤٦ — الغلط erreur ، باعتباره عيباً يشوب الرضاء ، وهم كاذب يتولد فى ذهن الشخص ، فيجعله يتصور الأمر على غير حقيقته ، بأن يرى فيه شيئاً غير موجود فى الحقيقة ، أو يتوهم خلوه من صفة ، حالة كونها تلزمه . ومثاله أن يشترى شخص ساعة على أنها من الذهب الخالص ، فإذ به يجدها من المعدن المطلى بقشرة من الذهب ، وأن يشترى الشخص تحفة ، اعتقاداً منه بأنها أثرية ، ثم يفاجأ بأنها مجرد تقليد ، وأن يستأجر شخص شقة لسكناه ، مدفوعاً باعتقاده بأن لها واجهة على الشارع ، ثم يتضح له خطأ اعتقاده .

وسوف نتناول ، فى دراستنا للغلط ، النظرية التقليدية فى الغلط ، لنعقب بالنظرية الحديثة ، لنصل بعد ذلك إلى دراسة أحكام الغلط فى القانون المصرى ، وننتهى بدراسة فكرة الغلط فى الفقه الإسلامى .

---

(٢) ومن القانون المصرى عرف نظام الاستغلال طريقه إلى تقنينات دول عربية أخرى كثيرة ، كالقانون السورى (المادة ١٣٠ و ١٣١) ، والقانون الليبى (المادة ١٢٩ و ١٣٠) ، والقانون العراقى (المادة ١٢٥) ، والقانون المدنى الكويتى (المواد ١٥٩ إلى ١٦١) .

١٤٧ — النظرية التقليدية فى الغلط :

هناك نظرية قديمة فى الغلط ، يحسن بنا البدار بعرضها ، لكى نستطيع بعد ذلك أن نتفهم أحكام قانوننا بصدده . إذ أن هذه الأحكام جاءت فى أساسها متأثرة بالنقد الذى وجه إلى تلك النظرية .

وقد قال بهذه النظرية ، فى أصل نشأتها ، الرومان . وظل الفقهاء الذين جاءوا بعدهم يقلدونهم فيها ، وإن تعهدوها بالصقل والتهذيب ، ردحا طويلا من الزمن . ومن هنا أضفى عليها اسم « النظرية التقليدية فى الغلط » .

ومؤدى هذه النظرية تقسيم الغلط إلى أنواع أساسية ، هى الآتية :

أولا : غلط يعدم الرضاء أصلا ، ويقف بالتالى عقبة فى سبيل قيام العقد ، أو هو يؤدى بعبارة أخرى ، إلى بطلان العقد بطلاناً مطلقاً . وهذا هو الغلط المانع أو الغلط العقبة erreur obstacle .

ويشمل هذا النوع من الغلط :

(أ) الغلط الذى ينصب على طبيعة العقد المراد إبرامه error in negotio . كما إذا أعطى شخص لآخر مبلغاً من المال على سبيل القرض ، فتسلمه هذا الآخر معتقداً أنه هبة له .

(ب) الغلط الذى ينصب على ذاتية الشىء محل الالتزام error in corpore . كما إذا كان لشخص منزلان ، أحدهما فى القاهرة وثانيهما فى الاسكندرية ، وأراد أن يبيع أولهما ، ولكن المتعاقد الآخر ظن أنه يريد بيع الثانى ، فارتضى الشراء على هذا الأساس .

(ج) الغلط الذى ينصب على سبب الالتزام ، كما إذا اعتقد الورثة أن مورثهم قد أوصى لآخر بمبلغ من النقود ، فتعهدوا له بدفعه ، ثم اتضح أن هذه الوصية باطلة ، أو أن الموصى كان قد رجع فيها قبل موته .

ثانياً : غلط يؤثر فى الرضاء ، فيعيبه دون أن يعدمه ، وهو بالتالى لايحول دون قيام العقد ، ولكنه يجعله قابلا للإبطال فحسب ، وبعبارة

أخرى تقليدية ، بجعله باطلا بطلاناً نسبياً . ويوجد هذا النوع من الغلط فى الحالتين الآتيتين :

(أ) إذا انصب الغلط على المادة التى يتكون منها substance même de la chose أو على صفة جوهرية فيه . فقد قصد بهذا النوع من الغلط فى الأصل ذاك الذى يقع على ذات العناصر التى تتكون منها مادة الشىء error in substantia ، كما إذا اشترى شخص ساعة على أنها من الذهب الخالص ، فى حين أنها من المعدن المطلى بالذهب . ثم أدى التطور إلى اتساع هذا المدلول ، فأصبح يشمل الغلط فى صفة جوهرية من الصفات المتعلقة بالشىء qualité substantielle ، كما إذا اشترى شخص تحفة على أنها أثرية حالة كونها مجرد تقليد [١] .

(ب) إذا انصب الغلط على شخصية المتعاقد ذاتها ، أو على صفة من صفاتها ، وكان هذه أو تلك محل اعتبار أساسى فى التعاقد . ومثال الغلط فى ذات الشخصية أن يهب شخص آخر مالا ، اعتقاداً منه بأنه ابن صديق عزيز عليه قد مات ، ثم يتضح له أنه ليس كذلك . أو أن توكل ، للدفاع عنك فى قضية ، شخصاً معيناً ، اعتقاداً منك بأنه المحامى الكبير المشهور ، ثم يتضح لك أنه مجرد سمى له . ومثال الغلط فى صفة من صفات الشخصية ، أن يعهد شخص إلى آخر بتشييد دار يزمع بناءها ، معتقداً أنه مهندس كبير مشهور ، ثم يثبت له بعد ذلك أنه ليس على نحو ما اعتقد .

ثالثاً : غلط يقع فيه المتعاقد ؛ ولكنه لا يؤثر فى رضائه ، وبالتالى لايصيب العقد لا بالبطلان المطلق ولابالبطلان النسبى ، بل يبقى صحيحاً . ويشمل هذا النوم الغلط فى الحالات الآتية :

(أ) الغلط فى صفة غير أساسية فى الشىء محل العقد ، كذلك الذى ينصب ، مثلا ، على صنف ورق الكتاب الذى تشتريه لتقرأه .

(١) انظر فى هذا المعنى: Mazeaud ، دروس القانون المدنى ج ٢ — التزامات نبذة ١٦٣ .

(ب) الغلط فى شخصية المتعاقد ، أو فى صفة فيها ، إن لم تكن هذه أو تلك محل اعتبار أساسى فى التعاقد . كما إذا باع التاجر سلعته بالثمن الذى حدده فى الأصل لشخص يعتقد أنه قريبه ، ثم اتضح أنه مجرد شبيه له .

(ج) الغلط فى القيمة . كما إذا اعتقد الشخص أن منزله يساوى خمسين ألف جنيهاً ، فباعه بهذا المبلغ ، ثم اتضح له أنه يساوى مائة ألف .

(د) الغلط فى الباعث . كما إذا اشترى شخص حصاناً ، معتقداً خطأً أن حصانه القديم قد نفق موتاً .

هذه هى النظرية التقليدية فى الغلط . وقد تبنتها مجموعة نابليون فى أضيق صورها [١] ، كما أنها تركت بصماتها على نحو أو على آخر فى قوانين بلاد أخرى كثيرة [٢] .

وقد وجه الفقه المعاصر لهذه النظرية سهاماً من النقد جارحة . وقد أصابتها تلك السهام فى ناحيتين أساسيتين ، هما الآتيتان :

(الأولى) فكرة الغلط المانع التى تقول بها النظرية التقليدية فكرة معيبة . ثم إنها مجردة عن الفائدة .

أما أنها معيبة . فذلك لأن المقصود بالغلط فى التعاقد هو أن يقوم الرضاء بالعقد ، كل ماهنالك أن هذا الرضاء يجىء وليد الوهم والاعتقاد الخاطىء . فى حين أنه فى الحالات التى تقول فيها النظرية التقليدية بقيام الغلط المانع ، لايوجد رضاء أصلا ، أو فى الأقل ، لايوجد رضاء يعتد به القانون . ففى حالة الغلط فى طبيعة العقد ، كما إذا أعطى شخص آخر مبلغاً من النقود على

---

(١) فقد جاءت المادة ١١١٠ من مدونة نابليون تقضى بما ترجمته : « الغلط لا ينهض سبباً لبطلان الاتفاق إلا إذا وقع على ذات مادة الشىء التى تكون موضوعه . وهو ليس سبباً للبطلان إذا ما يقع إلا على الشخص الذى يقصد المرء التعاقد معه ، وذلك ما لم يكن اعتبار هذا الشخص هو السبب الرئيسى للاتفاق » .

(٢) ومن هذه القوانين : القانون الألمانى (المادة ١١٩) ، ومدونة الالتزامات السويسرية (المادة ٢٣) ، والقانون اللبنانى (المادة ٢٠٣ و ٢٠٤) .

سبيل القرض ، فتسلمه هذا الآخر معتقد أنه هبة له ـ لايقوم الرضاء أصلا ـ حيث إن الإرادتين لم تتوافقا على شيء ما . وكذلك الشأن فى الغلط الذى ينصب على ذاتية الشيء محل العقد . أما فى حالة الغلط فى السبب ، كما إذا تعهد الورثة بأن يدفعوا لشخص معين مبلغاً من النقود ـ استناداً إلى وصية اعتقدوا أن مورثهم قد تركها له ، ثم اتضح لهم بطلان هذه الوصية أو رجوع الموصى عنها قبل موته ؛ فى هذه الحالة ، ولو أن الرضاء قد قام فعلا ، إلا أن القانون لايعتد به أصلا ـ لعدم استناده إلى سبب .

هكذا يبين أن فكرة الغلط المانع غير دقيقة . وزيادة على عدم دقتها ـ فلا فائدة منها . فهى ، فى منطق النظرية التقليدية ، تؤدى إلى بطلان العقد بطلاناً مطلقاً ، كما بينا . ويمكن الوصول إلى هذه النتيجة على أساس آخر ـ وهو انتفاء الرضاء أو انتفاء السبب ، على حسب الأحوال .

(الثانية) والعيب الأساسى الثانى الذى وجه إلى النظرية التقليدية يتعلق بالمعيار الذى اتخذته أساساً لتبين ما إذا كان الغلط يقع مؤثراً فيهدد العقد بالإبطال ـ أو يقع غير مؤثر فلايصيب العقد بأذى . فقد أقامت هذا المعيار على إجراء تفرقة مادية حسابية بين حالات الغلط ، واجدة فى بعضها أن الغلط يقع مؤثراً (وهى حالة الغلط فى مادة الشيء أو فى صفة جوهرية فيه ـ والغلط فى شخصية المتعاقد أو فى صفة فيها ، إذا كانت محل اعتبار فى التعاقد) ، وفى بعضها الآخر أنه لا يقع كذلك . فأساس معيار التفرقة بين الغلط المؤثر والغلط غير المؤثر ، وفقاً للنظرية التقليدية ، يكمن فى الأمر الذى ينصب الغلط عليه ـ وليس فى أثر هذا الغلط فى ذاته على رضاء المتعاقد بالعقد .

ولاشك أن الفكرة التى دعت أنصار النظرية التقليدية إلى القول بهذا المعيار فيها شيء كبير من الصحة . ففى أكثر الأحيان ، يكون الغلط هو الدافع إلى التعاقد ، كلما انصب على مادة الشيء محل الالتزام أو على صفة جوهرية فيه ، أو انصب على شخصية المتعاقد أو على صفة فيها طالما كانت محل اعتبار أساسى فى التعاقد ، ولايكون كذلك فى الأحوال الأخرى ـ ولكن الكثرة لاتعنى الشمول والاطلاق . فهناك حالات أخرى غير ماسبق ـ

يكون الغلط فيها هو الدافع إلى التعاقد . بحيث إن المتعاقد ماكان يرتضى العقد . لو لم يقع فيه . ولنضرب لذلك مثلا بالغلط فى القيمة . الذى جعلته النظرية التقليدية غير مؤثر دائماً . فلو أن شخصاً باع سنداً من سندات أحد البنوك بقيمته فى السوق . معتقداً أنه لم يكسب جائزة من تلك الجوائز التى يمنحها البنك بالقرعة لحملة سنداته ، ثم اتضح أنه كسب جائزة قدرها ألف جنيه . أيمكن أن يثور هنا شك فى أن الغلط الذى وقع فيه البائع قد بلغ من الجسامة حداً . بحيث إنه لو تبين وجه الحقيقة . ماكان يرتضى البيع . أو فى الأقل . ماكان يرتضيه بالسعر الذى باع على أساسه ؟ بل إذا لو دققنا النظر فى ذات الحالات التى ترى النظرية التقليدية الغلط مؤثراً فيها . لوجدنا أنها وإن كانت تصدق فى الكثير الغالب . إلا أنها قد تكذب فى بعض الأحيان . فقد يقع الغلط فى نفس مادة الشيء . ومع ذلك لايعتبر هو الدافع إلى التعاقد ومثال ذلك أن يشترى أحد هواة العاديات تحفة أثرية خلفها فراعنة مصر . معتقداً أنها من المرمر . فى حين أنها من الجرانيت . أو حتى من الحجر العادى . لاجدال فى أن الغلط هنا يقع فى العادة غير مؤثر . إذ أن التحفة الأثرية تستمد قيمتها . فى تقدير غواة العاديات . من كونها أثرية . ولايهم كثيراً بعد ذلك المادة التى صنعت منها .

ثم إذا كانت النظرية التقليدية قد استوحت . فى إجرائها التفرقة بين الحالات التى رأت فيها الغلط مؤثراً وتلك التى رأته فيها غير مؤثر . مدى جسامة الغلط وأثره على رضاء المتعاقد من حيث إنه هو الذى دفعه إلى إبرام العقد من عدمه ، إذا كان الأمر كذلك ، أفليس من الأفضل أن نتخذ من هذه الفكرة الأخيرة ذاتها معياراً للغلط المؤثر وغير المؤثر ، دون أن نقيدها بحالات محددة سلفاً ، وأن يترك الأمر من بعد للقاضى ، يفصل فى الأمر بحسب ظروف كل حالة !

ان أفدح عيب وقعت فيه النظرية التقليدية . والذى أدى بها إلى فساد المعيار الذى قالت به بصدد التفرقة بين مايكون من الغلط مؤثراً فيجعل العقد من ثم قابلا للإبطال . وبين ما يكون منه غير مؤثر فلا يصيب

العقد بأذى ، ان هذا العيب الأفدح للنظرية التقليدية يكمن فى أنها بنت معيارها ذاك على أساس مادى حسابى . فى حين أن الغلط ، اعتباراً بأنه أمر نفسى . ينبغى أن يراعى ، فى تحديد ما إذا كان مؤثراً أو غير مؤثر ، معيار شخصى ، يتعلق بالمتعاقد ذاته وأثر الغلط عليه من حيث إنه هو الذى جره ، أو لم يجره . إلى صدور رضائه . من هنا وجب أن يكون المعوّل عليه . ليس هو ذات الأمر الذى انصب الغلط عليه ، وإنما هو الأثر الذى ترتب على الغلط بالنسبة إلى صدور الرضاء بالعقد . وبهذه المثابة لزم أن تتغير النظرة إلى الغلط المؤثر . فبدلا من تطلب أن ينصب على أمر جوهرى . تحتّم أن يكون هو ذاته الجوهرى ، على أن يكون المقصود من جوهريته أن يكون هو الذى دفع المتعاقد إلى التعاقد ، بحيث إنه ماكان ليتعاقد لو لم يقع فيه .

هذان هما النقدان الأساسيان اللذان وجها إلى النظرية التقليدية فى الغلط وأصاباها فى الصميم . وعلى ضوئهما قامت النظرية الحديثة .

١٤٨ — النظرية الحديثة فى الغلط :

مؤدى النظرية الحديثة فى الغلط أنها تهمل فكرة الغلط المانع ، ولاتقيم لها وزناً . أما بالنسبة إلى الأحوال الأخرى من الغلط ، فهى تفرق ، بصدد تحديد ما إذا كان الغلط يقع مؤثراً فيجعل العقد قابلا للإبطال ، أو يقع غير مؤثر فلا يمس صحة العقد ، بين الغلط الجوهرى أو الدافع وغير الجوهرى أو غير الدافع .

فالغلط الجوهرى erreur substantielle أو الدافع ، هو ذاك الذى يدفع المتعاقد إلى الرضاء بالعقد . بحيث إنه لولا وقوعه فيه . لما كان يرتضيه . والغلط غير الجوهرى أو غير الدافع هو الذى يقع فيه المتعاقد دون أن يكون قد دفعه إلى التعاقد ، بمعنى أنه كان ليرتضى العقد وبنفس الشروط حتى لو لم يقع فى الغلط . وسيان بعد ذلك ، أن ينصب الغلط على ناحية أو على أخرى من نواحى التعاقد . فإذا ثبت أن الغلط كان هو الدافع إلى التعاقد ، بحيث إن الشخص ماكان ليرتضى العقد لو أنه لم يقع فيه . كان مؤثراً وجعل العقد قابلا للإبطال ، ليس فقط فى الحالات التى ينصب فيها

على مادة الشيء ، أو على صفة جوهرية فيه ، أو على شخصية المتعاقد ، بل فى أية حال أخرى ، كما إذا انصب على القيمة [١] ، أو على الباعث . أما إذا لم يكن الغلط هو الدافع إلى التعاقد ، بالمعنى الذى حددناه ، وقع غير مؤثر ، وما عاب الرضاء ، وماكان له بالتالى مساس بالعقد ، أياً ماكان الأمر الذى تناوله ، حتى لو انصب ، مثلا ، على مادة الشيء .

هكذا انطلقت نظرية الغلط من عقالها ، بعد أن تكسر الإطار الجامد التى ظلت حبيسة فيه ، ردحاً طويلا من الزمن ، أخذاً بمنطق النظرية التقليدية ، وأصبح مناط تأثر العقد ، أو التصرف القانونى عامة ، بالغلط هو أن يكون الغلط فى ذاته جوهرياً erreur substantielle ، بمعنى أن يكون هو الدافع إلى التعاقد ، بعد أن كان مناطه ، فى ظل النظرية التقليدية هو أن ينصب الغلط على صفة جوهرية qualité substantielle .

١٤٩ — أحكام الغلط فى القانون المدنى المصرى :

تمشى القانون المدنى المصرى ، مع النظرية الحديثة فى الغلط ، فأهمل كلية الغلط المانع ، الذى من شأنه أن يؤدى إلى بطلان العقد بطلانا مطلقاً ، واقتصر على الغلط الذى يعيب الرضاء ويؤدى إلى قابلية العقد للإبطال . ولم يعمد ، فى هذا المجال الأخير ، إلى أن يحدد سلفاً ، وبطريقة مادية حسابية ،

---

(١) وقد تأثرت أحكام بعض المحاكم المصرية بالنظرية الحديثة فى الغلط ، حتى فى ظل القانون المدنى المصرى القديم ، فقضت ببطلان العقد تأسيساً على الغلط فى القيمة . ومن تلك الأحكام : استئناف مختلط ١٦/٥/١٩١٧ ب ٢٩ ص ٤٢٦ . وتتركز وقائع القضية التى صدر فيها هذا الحكم فى أن شخصاً اتفق مع صاحب سفينة على نقل بضاعته على ظهرها ، تاركاً له اختيار أن يكون سعر النقل على أساس الوزن أو الحجم ، غير عالم بأن الأساس الثانى ثمانية أضعاف الأول . ولما اختار أمين النقل الأساس الثانى ، طعن الناقل فى العقد بالإبطال تأسيساً على وقوعه فى غلط فى القيمة وأنه ما كان ليرتضى العقد على نحو ما ارتضاه عليه لو أنه لم يقع فيه . وأجابته المحكمة إلى الإبطال . انظر أيضاً : استئناف مختلط ٢٥/٣/١٩٢٢ ، ب ٣٦ ص ٣٦١ — استئناف مختلط ٣/٤/١٩٣٤ ب ٤٦ ص ٢٢٤ . أما المحاكم الفرنسية ، فلا زالت متأثرة بالنظرية التقليدية فى الغلط ، الأمر الذى يجعلها ترفض إبطال العقد للغلط فى القيمة . أنظر نقض فرنسى مدنى ٢٥/١/١٩٦٥ ، دالوز ١٩٦٥ ص ٢١٧ .

الحالات التى يقع فيها الغلط مؤثراً وتلك التى يقع فيها غير مؤثر . واكتفى بوضع معيار ذاتى مرن ، قوامه جسامة الغلط وأثره على المتعاقد . فإن بلغ الغلط من الجسامة حداً بحيث كان المتعاقد يمتنع معه عن إبرام العقد . لو أنه لم يقع فيه ، اعتبر الغلط جوهرياً وعاب الرضاء . وإلا فلا .

بيد أن القانون المصرى ، وإن اتخذ فكرة الغلط الجوهرى . وبعبارة أخرى فكرة الغلط الدافع إلى التعاقد . أساساً لتحديد ماإذا كان الغلط مؤثراً أو غير مؤثر . إلا أنه لم يقرر له الجزاء فى كل حالة يعتبر كذلك . وإنما استلزم شرطاً آخر ، اقتضاه حرصه على استقرار المعاملات . وهو وجوب أن يكون الغلط متصلا بالمتعاقد الآخر . ومؤدى هذا الشرط الأخير عدم إعمال فكرة الغلط . وبقاء العقد بالتالى سليماً وبمنأى عن دعوى الإبطال . حتى لو كان الغلط فى ذاته جوهرياً . وذلك كلما كان المتعاقد الآخر بعيداً عن الغلط . لم يتصل به بسبب أو بآخر . هكذا جاءت المادة ١٢٠ تقضى بأنه : « إذا وقع المتعاقد فى غلط جوهرى جاز له أن يطلب إبطال العقد . إن كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله فى هذا الغلط . أو كان على علم به ، أو كان من السهل عليه أن يتبينه » .

١٥٠ — شروط إعمال الغلط :

يبين مما سبق أن يلزم . لكى ينتج الغلط أثره القانونى . فى ظل القانون المدنى المصرى ، توافر شرطين أساسيين . هما الآتيان : (١) أن يكون الغلط جوهرياً ، بمعنى أن يكون هو الذى دفع المتعاقد إلى التعاقد . (٢) أن يتصل الغلط بالمتعاقد الآخر . وتتناول كلا من هذين الشرطين بشىء من التفصيل . وذلك فيما يلى :

١٥١ — الشرط الأول : يلزم أن يكون الغلط جوهريا ، بمعنى أن يكون هو الذى دفع المتعاقد إلى أن يرتضى العقد : ليس كل غلط يقع فيه المتعاقد يؤدى بالضرورة إلى وقوع العقد الذى يبرمه قابلا للإبطال . بل يلزم لذلك أن يكون هذا الغلط جوهريا . بأن يكون هو الذى دفع المتعاقد الغالط

إلى ارتضاء العقد ، بحيث إنه لولا وقوعه فيه لما صدر عنه الرضاء ، أو كما تقول المادة ١٢١ / ١ « يكون الغلط جوهريا إذا بلغ حداً من الجسامة بحيث يمتنع معه المتعاقد عن إبرام العقد لو لم يقع فى هذا الغلط » .

وواضح أن معيار الغلط الجوهرى أو الدافع إلى التعاقد هو معيار ذاتى أو شخصى يتعلق بالمتعاقد الغالط نفسه . وليس معياراً ماديا [١] . فنحن نتقصى أثر الغلط على إرادة المتعاقد ذاتها . فإذا كان هو الذى دفعها إلى التعاقد ، بحيث إنه لولاه لم ارتضته . كان الغلط جوهريا . وإلا فلا [٢] .

---

(١) راجع السنهورى ، الوسيط ١ ، نبذة ١٦٨ .

(٢) يلاحظ أن منطق نظام الغلط ذاته ، اعتباراً بأنه يتغيا أن يجيء رضاء المتعاقد على بينة من أمر ما يرتضيه ، يقتضى منا ، فى صدد تحديد ما إذا كان الغلط جوهريا أم لا ، أن نأخذ بالمعيار الذاتى . فنبحث فى مدى تأثير الغلط على المتعاقد الذى وقع فيه بالذات ، لنتبين ما إذا كان هو الذى دفعه بالفعل إلى التعاقد ، بحيث إنه ما كان ليرتضى العقد لو لم يقع فيه ، أم أنه كان ليتعاقد وبنفس الشروط حتى ولو لم يكن قد وقع فيه . وقد أدى هذا المنطق بالمشرع المصرى فى المادة ١٢١/١ من القانون المدنى ، إلى أن يصرح بوجوب تحديد ما إذا كان الغلط جوهريا أم غير جوهرى على أساس معيار شخصى ذاتى يتعلق بالمتعاقد الغالط نفسه . ويسير القضاء الفرنسى هو أيضاً على نفس النهج ، فيأخذ بدوره بمعيار ذاتى قوامه نفس المتعاقد الغالط **L'errans** فى تحديد الصفة الجوهرية التى ينصب الغلط عليها .

وبرغم كل ما سبق ، فتحديد جوهرية الغلط على أساس معيار ذاتى يكاد يكون أمراً نظرياً أكثر منه واقعياً ، كما لاحظ بحق الإخوة **Mazeaud** (راجع مؤلفهم ، دروس القانون المدنى ج ٢ الالتزامات نبذة ١٧١) . ففى الغالب من الأمر لا يوجد فى ظروف التعاقد وملابساته ما يقطع بأن الغلط الذى وقع فيه المتعاقد هو الذى دفعه بالفعل إلى التعاقد ، بحيث إنه لولا وقوعه فيه لما أجراه . فإذا جاء المتعاقد ، فى مثل هذه الحالة ، وادعى أن الغلط الذى وقع فيه جوهرى ، فإن ادعاءه هذا يتمثل أمراً نفسيا ، فكيف للقاضى أن يتحقق منه ! وهكذا لا يبقى لإثبات مثل هذا الإدعاء إلا قرائن الأحوال . والقاضى فى سبيل تكوين اقتناعه بصدق إدعاء الغالط أو عدم صدقه ، يرى نفسه ، ربما من غير أن يشعر ، يتساءل عما كان يفعله الرجل العادى فى مثل ظروف المتعاقد الغالط . هل كان يمتنع عن إبرامه العقد لو لم يقع فيه ، أم أنه كان يبرمه حتى فى هذه الحالة . وهكذا يجد القاضى نفسه ، من حيث الواقع الفعلى ، مسيراً إلى تحديد جوهرية الغلط أو عدم جوهريته على أساس موضوعى مجرد **in abstracto** .

وقد أثر هذا الاعتبار الواقعى فى المشرع المصرى . فبعد أن بدأ يصرح ، فى غير غموض ، بقياس جوهرية الغلط على أساس معيار ذاتى يتعلق بالمتعاقد الغالط نفسه ، جاء بعد ذلك ، فى صدد التمثيل للغلط الجوهرى ، يقول بأنه يقوم فى الحالة التى ينصب فيها الغلط على صفة فى =

وإذا كان الأمر كذلك ، فإن أثر الغلط على الرضاء يختلف بالضرورة باختلاف الأحوال ، وينهض أمراً من أمور الواقع ، يقول فيه قاضي الموضوع القول الفصل ، طالما جاء قوله هذا سائغاً [١] .

وقد نبذ المشرع فكرة النظرية التقليدية التي تقوم على تحديد الغلط المؤثر بحالات محددة سلفاً ، أساسها أمور معينة ينصب الغلط عليها . فالعبرة عنده ليست بالأمر الذي ينصب الغلط عليه ، وإنما بأثر هذا الغلط على الإرادة . فإن بلغ تأثير الغلط على الإرادة إلى حد أن جعلها ترتضي العقد ، وما كانت لترتضيه بدونه ، اعتبر جوهريا ، وتهيأ لأن يشوب العقد بالقابلية للإبطال ، دون اعتبار بعد ذلك بالأمر الذي انصب عليه .

بيد أن قانوننا ، وإن لم يلجأ إلى التحديد المادي للحالات التي يقع فيها الغلط جوهريا وبالتالي مؤثراً ، فقد عمد إلى التمثيل لهذه الحالات . وقد مثل لها بنفس الحالتين اللتين كانت النظرية التقليدية تحصر الغلط المؤثر فيهما دون غيرهما . وفي هذا الصدد ، جاءت المادة ٢١ / ٢ تقضي بأنه : « ويعتبر الغلط جوهريا على الأخص : (أ) إذا وقع في صفة للشيء تكون جوهرية في اعتبار المتعاقدين ، أو يجب اعتبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغي في التعامل من حسن النية . (ب) إذا وقع في ذات المتعاقد أو في صفة من صفاته ، وكانت تلك الذات أو هذه الصفة السبب الرئيسي في التعاقد » .

وهكذا يقرر قانوننا ، على سبيل التخصيص والتمثيل ، وليس على سبيل التحديد والحصر ، أن الغلط يقع جوهرياً في الحالتين الآتيتين :

= الشيء محل التعاقد تكون جوهرية في اعتبار العاقدين ، أو يجب اعتبارها كذلك لما يلابس العقد من ظروف ولما ينبغي في التعاقد من حسن النية » . فالنص لا يكتفي ، لاعتبار الغلط جوهريا ، أن ينصب على صفة تكون جوهرية في اعتبار المتعاقد الغالط ، وإنما يتطلب أن تكون جوهرية في اعتبار العاقدين كليهما . بل إنه لم يكتف بذلك ، حيث اعتبر الغلط جوهريا ، حتى في الحالة التي ينصب فيها على صفة في الشيء يجب اعتبارها جوهرية مراعاة للظروف الملابسة للعقد ولما ينبغي من مراعاة حسن النية في إجرائه . وفي هذا خلط واضح بين المعيارين الذاتي والموضوعي .

(١) انظر : نقض ١٩٧٣/٣/١٣ ، طعن ٣٩/٣٨ق مجموعة أحكام النقض س ٢٤ ص ٣٩٦ رقم ٧٠ — نقض ١٩٤٥/٥/٦ ، قضية ٢٢١/٢١ق مجموعة النقض س ٥ ص ٨٤٠ رقم ١٢٥ . وانظر أيضاً تمييز الكويت تجاري ١٩٧٧/٢/٢١ ، طعن رقم ١٩٧٦/٢٣ تجاري .

(أ) الغلط الواقع فى صفة جوهرية فى الشىء محل العاقد : فإذا انصب الغلط على صفة ما فى الشىء . وكانت هذه الصفة أساسية لدى المتعاقدين أو أحدهما ، بمعنى أن الاعتقاد بوجودها هو الذى أدى بهما أو بأحدهما إلى ارتضاء التعاقد ، إذا انصب الغلط على صفة أساسية بهذا المعنى ، اعتبر جوهريا .

وإذا كان من العسير عملا . فى كثير من الأحيان . أن يقيم المتعاقد الدليل على أن صفة ما كانت جوهرية لديه عند التعاقد . حيث إن هذا أمر نفسى . فإن المشرع يعتبر تلك الصفة كذلك . إذا اقتضتها الظروف الملابسة للعقد وما ينبغى فى التعامل من حسن النية . فمن يشترى . مثلا . تحفة من أحد تجار العاديات بثمن كبير لا يتناسب البتة مع سعر التحفة المماثلة إن كانت جديدة ، يعتبر . إلى أن يقوم الدليل على العكس . أنه اعتد بهذه الصفة كأمر أساسى فى التعاقد ، لأن ظروف التعاقد وماينبغى فيه من حسن النية تقتضى هذا الاعتبار .

(ب) الغلط الواقع فى ذات المتعاقد أو فى صفة من صفاته : إذا انصب الغلط على شخصية المتعاقد ، أو على صفة من صفاته ، وكانت هذه أو تلك هى السبب الرئيسى فى التعاقد ، اعتبر جوهريا . وقد سبق لنا أن عرضنا لهذه الحالة عند عرض النظرية التقليدية . ونجتزىء بالإحالة على ماقلناه فى هذا الصدد .

هاتان هما الحالتان اللتان خصتهما المادة ٢/٢١ بالذكر . ونكرر أنهما واردتان فيها على سبيل التخصيص والتمثيل ، وليس على سبيل التحديد والتعيين والحصر . ويترتب على ذلك أنه فى أية حالة أخرى يظهر أن الغلط كان هو الدافع إلى التعاقد . بحيث إنه لولاه لما ارتضى الشخص العقد الذى أجراه . فإن هذا الغلط يعتبر جوهريا ، ويكون من شأنه . إذا توافر فيه الشرط الآخر الذى سنبينه بعد قليل ، أن يجعل العقد قابلا للإبطال . فقد يعتبر الغلط جوهريا . مثلا ، إذا وقع فى القيمة أو فى الباعث أو فى أى أمر آخر غيرهما .

وإذ أورد قانوننا الحالتين السابقتين كمثالين للغلط الجوهرى أو الدافع إلى التعاقد . فقد كان حرياً به ألا يفعل . وأن يكتفى بالمعيار المنطلق المرن الذى ضمنه الفقرة الأولى من المادة ١٢١ . ولعل فى إيراده هذين المثالين ماينبىء بأنه . وإن أراد أن يتبنى النظرية الحديثة للغلط . إلا أن إيمانه بها وكفره بالنظرية التقليدية لم يكونا كاملين .

ويلاحظ أن مشرعنا المصرى . وإن أراد أن ينبذ منطق النظرية التقليدية القائم على تحديد نطاق الغلط المؤثر الذى من شأنه أن يدمغ العقد بالقابلية للإبطال بحالات محددة سلفاً . مكتفياً فى ذلك بمعيار مرن . هو معيار الغلط الجوهرى أو الدافع إلى التعاقد ؛ إذا كان مشرعنا أراد ذلك . وعمد إلى أن يرسى فكرة الغلط المؤثر على أساس متغاير من الناحية الفنية النظرية مع النظرية السابقة ، إلا أنه لايتخالف معها فى الحقيقة ومن حيث الفعل والواقع ، إلا فى القليل .

ذلك لأن الحالتين الأساسيتين اللتين تورد‌هما النظرية التقليدية للغلط المؤثر — وهما حالة الغلط فى صفة جوهرية الشىء محل العقد ، وحالة الغلط فى شخصية المتعاقد أو فى صفة فيها إن كانت محل اعتبار أساسى عند التعاقد — تنهضان أيضاً وبطبيعة الأمور ذاتها حالتين للغلط المؤثر . فى ظل النظرية الحديثة للغلط بوجه عام . وفى منطق القانون المدنى المصرى الذى تبناها بوجه خاص . فمادام الغلط قد انصب على صفة جوهرية فى اعتبار المتعاقد الغالط . فإن هذا الغلط بالضرورة هو الذى دفعه إلى ارتضاء العقد . وكذلك الشأن لو انصب الغلط على شخصية المتعاقد أو على صفة فيها . إذا كانت هذه أو تلك محل اعتبار أساسى لدى المتعاقد عند التعاقد .

يبقى بعد ذلك بين النظرية التقليدية للغلط من ناحية ، وبين النظرية الحديثة التى تبناها المشرع المصرى من ناحية أخرى . أمران هما اللذان ينحصر فيهما الخلاف . وهذان الأمران هما الآتيان :

(الأول) الغلط فى مادة الشىء محل العقد : فوفقاً للنظرية التقليدية يقع

هذا الغلط مؤثراً دائماً . أما فى ظل النظرية الحديثة ، فليس حتمياً أن يقع هذا الغلط مؤثراً ، وإن كان هو كذلك فى الأعم الأغلب من الحالات فى العمل . فالمتعاقد ، فى العادة ، يولى بالغ الاهتمام للمادة التى يتكون منها الشىء الذى يتعاقد عليه ، كما إذا كان يشتريه ، مثلا . ومن هنا يغلب أن يكون غلطه فى هذه المادة من قبيل الغلط الدافع أو الجوهرى ، أى ذاك الذى يؤدى به إلى ارتضاء العقد على نحو مايرتضيه عليه ، بحيث إنه لولا وقوعه فيه ماكان ليرتضيه . ولكن الغلبة لاتعنى الشمول . ومن المتصور أن ينصب غلط المتعاقد على مادة الشىء ، من غير أن يكون هذا الغلط دافعاً أو جوهريا ، وعلى الأخص فى العقود التى لا ترد على ملكية المعقود عليه كالإيجار ، بل حتى فى تلك التى ترد على الملكية ، كما إذا اشترى شخص تحفة على أنها أثرية ، معتقداً أنها مصنوعة من مادة معينة ، ثم ثبت أنها ، وإن كانت أثرية ، إلا أنها من مادة أخرى لاتقلل من أهميتها كأثر .

(الثانى) الغلط فى أمر آخر غير مادة الشىء والصفة الجوهرية فيه وشخصية المتعاقد أو الصفة فيها إذا كانت محل اعتبار أساسى فى التعاقد : فالنظرية التقليدية خارج هذه الأمور ، تجعل الغلط غير مؤثر دائماً . ومن هذا المنطلق ، كان الغلط فى القيمة والغلط فى الباعث غير مؤثرين تحت ظلها . أما فى منطق النظرية الحديثة ، وفى ظل القانون المدنى المصرى الذى تبناها ، فإنه يمكن للغلط أن يكون مؤثراً ، حتى لو انصب على القيمة [1]

---

(١) راجع من فقهائنا المصريين الذين يرون أن الغلط فى القيمة يمكن له أن يكون مؤثراً ومؤدياً بالتالى إلى وقوع العقد قابلا للإبطال : السنهورى ، الوسيط ج ١ نبذة ١٧٢ — حشمت أبو ستيت ، نظرية الالتزام نبذة ١٦٣ — أنور سلطان ، النظرية العامة للالتزام نبذة ١٢٠ — جمال زكى ، الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات ، نبذة ٧٢ . ويلاحظ أن القضاء المصرى ، حتى فى ظل قانوننا القديم ، كان يجعل فى بعض أحكامه للغلط فى القيمة تأثيراً على العقد ، وذلك بخلاف المستقر عليه إلى الآن فى القضاء الفرنسى . ففى قضية تتلخص وقائعها فى أن تاجراً اتفق مع صاحب سفينة على نقل بضاعته عليها بأجرة تتحدد أما على أساس سعر الحجم أو سعر الوزن وفق ما يختاره صاحب السفينة ، واختار هذا الأخير الأساس الأول الذى كان يزيد على الثانى ثمانية أضعاف على جهل من صاحب البضاعة ، فى هذه القضية حكمت محكمة الاستئناف المختلطة بإبطال عقد النقل (استئناف مختلط ١٦/٥/١٩١٧ب س٢٩ ص ٤٢٦) . وفى قضية أخرى =

أو الباعث [١] أو أى أمر آخر غيرهما ، طالما يثبت أن هذا الغلط كان فى ذاته جوهريا ، بمعنى أن يكون هو الذى دفع المتعاقد إلى ارتضاء العقد ، بحيث إنه لولا وقوعه فيه ما كان ليرتضيه أصلا ، أو ما كان ليرتضيه بنفس الشروط التى ارتضاه عليها .

نخلص من كل ماسبق أنه ، وفقاً للقانون المدنى المصرى ، يقع الغلط مؤثراً ، ويكون من شأنه — إذا توافر فيه الشرط الثانى الذى سوف نبينه حالا — أن يجعل العقد قابلا للإبطال ، إذا كان هو الذى دفع المتعاقد إلى ارتضاء العقد ، بحيث إنه ما كان ليرتضيه على نحو ما ارتضاه عليه لو أنه لم يقع فيه ، وسواء بعد ذلك أن ينصب الغلط على أمر أو على آخر من أمور التعاقد ، وحتى لو انصب على القيمة أو الباعث .

والأمثلة على الغلط الجوهرى كثيرة . وأغلبها ، فى واقع حياة الناس ، ينصب على صفة تعتبر أساسية فى نظر المتعاقد . وقد سبق لنا أن أوردنا بعض هذه الأمثلة ، عند عرض النظرية التقليدية فى الغلط . ونعود الآن لنسوق بعض أمثلة أخرى مستقاة من أحكام القضاء . فقد قضى بأن الغلط يعتبر واقعاً فى صفة جوهرية ، وموجباً بالتالى إبطال العقد ، إذا انصب على كون السيارة المشتراة جديدة لم تستعمل من قبل إلا على سبيل التجربة . حالة كونها قديمة وقد سبق أن استعملت كثيراً ؛ بل إنه قد سبق أن ردها مشتر آخر لهذا السبب عينه [٢] . وقضى كذلك بأن الغلط يعتبر جوهريا إذا

= تتلخص وقائعها فى أن المدين كان ملزماً بوفاء الدين بالعملة المصرية ، فدفع إلى نائب الدائن (حارس قضائى) بالعملة الفرنسية ، الذى قبل منه الوفاء اعتقاداً منه عن غلط بأن العقد يعطيه الحق فى ذلك ، وقضت المحكمة بإلزام المدين بدفع الفرق بين العملتين (استئناف مختلط ٢٥/١١/١٩٢٥ ب ٣٨ ص ٧٦) . وانظر كذلك استئناف مختلط ٣/٤/١٩٣٤ ب ٤٦ ص ٢٢٤ .

(١) انظر فى الغلط فى الباعث باعتباره مخولا إبطال العقد : السنهورى ، المرجع ، السابق نبذة ١٧٣ — حشمت أبوستيت ، المرجع السابق نبذة ١٦٤ — أنور سلطان ، المرجع السابق نبذة ١٢١ — جمال زكى ، المرجع السابق نبذة ٧٣ — عبد المنعم الصده ، مصادر الالتزام نبذة ١٦٣ .

(٢) انظر : استئناف مختلط ٢٨/٥/١٩٣١ ب ٤٣ ص ٤١٥ .

انصب على كون الأرض المشتراة بغرض البناء عليها تقع على شارع عريض حالة كونها لاتقع على شارع أصلا [١] ، وإذا انصب على كون القماش المشترى قابلا للغسيل . حالة كونه لايقبله [٢] . وإذا انصب على كون الحق المحال به مضموناً برهن . فى حين أن الرهن قد زال ، بسبب عدم تجديد قيده [٣] . كما قضى بإبطال البيع على أساس الغلط الجوهرى فى صفة فى المبيع ، فى حالة اشتريت فيها قطعة أرض . لبناء مدرسة عليها ، ثم اتضح أن مساحتها أقل من الحد الأدنى اللازم لإنشاء مدرسة [٤] . وقضى أيضاً بإبطال عقد منحت الدولة المصرية بمقتضاه حق استغلال قطعة أرض ، اعتقاداً من الحكومة بأنها لاتحتوى إلا على كمية ضئيلة من الملح ، ثم ظهر لها أنها تحتوى على كميات كبيرة منه يمكن استغلالها بسهولة وجنى أرباح طائلة من ورائه [٥] . وقضى بإبطال بيع شىء اشترى على أساس أنه تحفة أصيلة ، حالة كونه مجرد تقليد [٦] . وقضى بإبطال الوفاء الحاصل من غير المدين ، حالة كونه يعتقد عن غلط بأن الدين الموفى به حال بحكم نهائى ومقرر له فوائد [٧] .

وإذا وصلنا إلى أن الشرط الأول لإعمال الغلط يتمثل فى وجوب أن يكون

---

(١) انظر : استئناف مختلط ١٩١١/١/١٩ ب ٢٣ ص ١١٩ — حكم Pau الفرنسية ١٩٦٨/١٢/١٨ ، دالوز ١٩٦٩ ص ٤٦٦ .

(٢) استئناف مختلط ١٩٤٦/٣/١٨ ب ٥٨ ص ٧٤ .

(٣) استئناف مختلط ١٩٣١/٤/٧ ب ٤٣ ص ٣٣٣ .

(٤) حكم Orléans الفرنسية ١٨٩٥/١/١٨ ، دالوز ٨٩٥ — ٢ — ٤٧ .

(٥) استئناف مختلط ١٨٩٢/١/٧ ب ٤ ص ٩٩ .

(٦) انظر : نقض فرنسى تجارى ١٩٧٠/١٠/٢٠ ، Sem. Jur. ١٩٧١/٢/١٦٩١٦ مع تعليق Ghestin . وانظر أيضاً : باريس ١٩٥٠/٢/٢٧ ، دالوز ١٩٥٠ ص ٢٦٩ — باريس ١٩٥٤/٢/١٢ دالوز ١٩٥٤ ص ٣٣٧ — استئناف مختلط ١٩٤٦/٣/١٨ ب ٥٨ ص ٧٤ .

(٧) انظر : نقض ١٩٦٥/٥/٢٠ طعن ٣٠٣/٧٩ ق مجموعة النقض س ١٦ ص ٣٠٣ رقم ٩٨ . وقد جاء فى هذا الحكم أن اعتقاد الموفى غير المدين خطأ بأن الدين الموفى به حال الأداء بمقتضى حكم نهائى ومقرر له فوائد تتمثل غلطاً جوهرياً فى صفة أساسية من صفات الدين ، إذ لولاه ما كان الوفاء ، وأن هذا الغلط مع علم الموفى له به من شأنه أن يؤدى إلى إبطال الوفاء وإعادة الطرفين إلى ما كانا عليه قبل حصوله .

جوهريا ، بمعنى أن يكون هو الدافع إلى التعاقد . فلايبقى لنا فى خصوص هذا الشرط إلا القول بأن جوهرية الغلط من عدمه تتمثل مسألة واقع ،لقاضى الموضوع فيها القول الفصل بدون معقب من محكمة النقض ،طالما جاء تقديره على أسباب سائغة من شأنها أن تحمله .

١٥٢ — الشرط الثانى : يلزم أن يتصل الغلط بالمتعاقد الآخر : لايكفى ، لوقوع العقد قابلا للإبطال ، أن يشوب الغلط رضاء أحد المتعاقدين ، حتى لو كان هذا الغلط جوهريا ، ولكن يلزم أن يتصل هذا الغلط بالمتعاقد الآخر . وفى ذلك تقضى المادة ١٢٠ بأنه : « إذا وقع المتعاقد فى غلط جوهرى جاز له أن يطلب إبطال العقد ، إذا كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله فى هذا الغلط ، أو كان على علم به ، أو كان من السهل عليه أن يتبينه » .

وهذا الشرط لايتسق مع مبدأ سلطان الإرادة . وهو من بعد شرط جديد ، لم يقل به الأقدمون من التقليديين . فمؤدى مبدأ سلطان الإرادة ، لو أنه أخذ على إطلاقه ، أن يعطى للمتعاقد السبيل إلى الخلاص من العقد الذى أبرمه ، كلما ثبت أنه كان ضحية لغلط جوهرى ، دون اعتداد بعد ذلك بما إذا كان هذا الغلط قد اتصل بالمتعاقد الآخر ، أم لم يتصل به . إذ أن الغلط فى كل من الحالتين شاب رضاءه ودفعه إلى التعاقد . ولكن هذا الشرط الجديد ، اقتضاه العمل على استقرار التعامل . فأمام الرغبة فى العمل على استقرار التعامل ، يضحى القانون بتعيب الإرادة بالغلط أو بغيره من العيوب ، إذا كان المتعاقد الآخر بعيداً عن العيب لم يتصل به بسبب . إذ أن مؤدى إعمال الغلط أن يبطل العقد بناء على طلب المتعاقد الغالط . ومن شأن ذلك أن تضيع الصفقة على المتعاقد الآخر ، فيناله الضرر . من هنا توجب ألا نعمل أثر الغلط ، إلا إذا وجد ثمة مسوغ يبرر التضحية بمصلحة الطرف الآخر . وقد وجد المشرع هذا المسوغ فى كون الغلط متصلا بذاك الطرف الآخر على نحو أو على غيره ، فتطلب هذا الشرط فيه [1] .

---

(١) فالقانون لا يكتفى ، لإعمال أثر الغلط فى العقد ، بأن يكون هو الدافع إلى التعاقد ، فهو لا ينظر إلى الغلط من زاوية المتعاقد الغالط وحده ، وإنما ينظر إليه كذلك من زاوية المتعاقد =

ويعتبر الغلط الذى يقع فيه أحد المتعاقدين متصلا بالمتعاقد الآخر فى إحدى الحالات الثلاث الآتية :

(أ) إذا وقع المتعاقد الآخر بدوره فى الغلط : وهذه هى حالة الغلط المشترك . أى الغلط الذى يشترك فى الوقوع فيه الطرفان كلاهما . ومثال هذه الحالة أن يشترى شخص ساعة مطلاة بالذهب . معتقداً أنها من الذهب الخالص . ويشاركه البائع هذا الاعتقاد الخاطىء . فكل من المتعاقدين هنا قد وقع فى الغلط . والذى يضار من الوقوع فى الغلط هنا هو المشترى . إذ الفرض أنه لو تبين حقيقة الساعة ، فإنه ماكان ليشتريها . أو ماكان ليشتريها بالثمن الذى قبله . والقانون يمنحه هنا حق طلب إبطال البيع . برغم أن البائع كان حسن النية . وقد قدر فى ذلك أن الرضاء جاء معيباً من المتعاقدين كليهما ، فضحى بحسن نية من يقع الإبطال إضراراً به . تمشياً مع اعتبارات العدالة والمصلحة .

فوقوع المتعاقدين كليهما فى نفس الغلط ينهض بذاته دليلا على أن أياً منهما معذور فى غلطه . فيغفر له القانون الوقوع فيه ، ويكون لصاحب

= الآخر ، الذى من شأن دمغ العقد بالقابلية للإبطال نتيجة الغلط أن يتهدده بالخطر ، اعتباراً بأنه يخل بأمن تعاقده واستقراره ويجعله قابلا للزوال وفق مشيئة غريمه . وهى من بعد نظرة لفتت الفكر القانونى المعاصر فقها وقضاء وتشريعاً ، وأدت به إلى أن يعمد إلى تقييد مجال إعمال أثر الغلط ، وحصره فى الحدود التى تتفق مع ما ينبغى للتعامل من أمن واستقرار .

وقد تواجدت فى هذا الصدد عدة أفكار تستهدف كلها عدم التضحية بالمتعاقد الذى يعمل نظام الغلط إضراراً به ، إلا إذا وجد من الظروف ما يبرر ذلك . ولعل هذه الأفكار تتركز فى اثنتين أساسيتين : الأولى تقول بعدم تخويل المتعاقد الغالط حق طلب إبطال عقده إلا إذا كان وقوعه فى الغلط لم يأت نتيجة خطأ منه ، اعتباراً بأن غلطه هنا يكون مغتفراً . فان كان غلطه غير مغتفر ، حرم من حق طلب إبطال العقد . أما الفكرة الثانية ، فهى تنطلق من المتعاقد الذى يعمل الغلط إضراراً به ، وتقوم على عدم ثبوت حق الإبطال ضده ، إلا إذا كان هو قد أخطأ فى عدم تبصير غريمه بغلطه على وفق ما يقتضيه الشرف والنزاهة فى التعامل .

ويبدو أن المشرع آثر أن يعمل هاتين الفكرتين كلتيهما ، كلا فى مجال محدد . فتطلب ، لإعمال أثر الغلط ، أن يكون المتعاقد الآخر قد وقع بدوره فى نفس الغلط ، أو علم بوقوع غريمه فيه . أو كان من السهل أن يتبين عنه ذلك .

المصلحة منهما أن يتمسك بإبطال العقد ، اعتباراً بأنه قد وقع فى غلط يعذر عنه ويغتفر له .

(ب) إذا علم المتعاقد الآخر بالغلط الذى وقع فيه غريمه : فالغلط المشترك ، وإن كان يخول طلب إبطال العقد ، إلا أنه ليس ضروريا لذلك . فيكفى أن يكون الغلط فردياً ، بمعنى أن يقع فيه أحد المتعاقدين دون الآخر ، إذا كان هذا الآخر يعلم بوقوع الأول فيه ، وأنه هو الذى دفعه إلى ارتضاء العقد . فنى مثال الساعة السابق ذكره ، والقائم على شراء شخص ساعة مطلاه بالذهب ، حالة كونه يعتقد أنها من الذهب الخالص ، لايلزم لوقوع البيع قابلا للإبطال ، أن يكون البائع قد وقع مع المشترى فى الغلط . بل يكفى أن يكون عالماً بوقوعه فيه ، بمعنى أن يكون مدركاً أن المشترى قد اعتقد أن الساعة من الذهب ، وأن هذا الاعتقاد هو الذى دفعه إلى ارتضاء الشراء .

وظاهر هنا أن تضحية مصلحة المتعاقد الذى يقع الإبطال إضراراً به (بائع الساعة فى مثالنا) أدعى منها فى حالة الغلط المشترك . إذ الفرض أن هذا المتعاقد قد أدرك أن المتعاقد معه قد وقع فى غلط جوهرى ، وأن هذا الغلط هو الذى دفعه إلى التعاقد . فكان حرياً به ، والحال هذه ، أن ينبهه إلى الغلط الذى وقع فيه . أما ولم يفعل ، فهو سىء النية ، وكان خليقاً بتحمل الجزاء الذى يفرضه القانون عليه .

(ج) إذا كان من السهل على المتعاقد الآخر أن يتبين أن غريمه قد وقع فى الغلط : فلا يلزم ، لوقوع العقد قابلا للإبطال ، أن يكون الطرف الآخر قد وقع بدوره فى الغلط أو علم بوقوع غريمه فيه . بل يكفى أن يكون من السهل عليه أن يتبين عنه ذلك ، حتى لو لم يتبينه بالفعل . والظروف الملابسة للعقد ، وماينبغى فى التعامل من حسن النية ، هى التى تنير السبيل أمامنا لتحديد ماإذا كان من السهل على المتعاقد أن يتبين أن غريمه قد وقع ضحية للغلط أم لا . والأمر من بعد يتعلق بالواقع ؛ ولقاضى الموضوع فيه القول الفصل . فإذا ارتضى شخص ، مثلا ، أن يدفع فى تمثال رغب فى شرائه ألف جنيه ، حالة كونه لايساوى فى الحقيقة إلا خمسة أو عشرة جنيهات ،

معتقداً عن غلط أنه أثرى ، فى هذه الحالة ، ينهض الغلط سبباً للإبطال ، حتى لو كان البائع لم يقع بدوره فى الغلط ، ولم يعلم بوقوع المشترى فيه ، إذ أنه كان من السهل عليه أن يتبين أن المشترى قد وقع فى الغلط ، وأن هذا الغلط هو الذى دفعه إلى ارتضاء الشراء . ومعيار إمكان العلم بالغلط هو معيار موضوعى أساسه الشخص العادى .

ولتضحية مصلحة المتعاقد الذى تتقرر قابلية العقد للإبطال إضراراً به ، حينما يكون من السهل عليه أن يتبين أن غريمه قد وقع فريسة للغلط ، لتضحية مصلحته هنا مايبررها . فهو إن لم يكن سىء النية أو غاشاً ، فهو مقصر تقصيراً جسيماً ، لعدم تبينه وقوع المتعاقد الآخر فى الغلط . والتقصير الجسيم يتساوى مع الغش .

يظهر مما سبق أنه لايكفى ، بحسب الأصل ، لإعمال أثر الغلط المتمثل فى دمغ العقد بالقابلية للإبطال ، أن يكون جوهريا ، بل يلزم أيضاً أن يكون متصلا بالمتعاقد الآخر ، بأن يكون هذا قد وقع بدوره فى الغلط ، أو علم بوقوعه فيه ، أوكان من السهل عليه أن يتبين عنه ذلك [1] .

٨٥٣ — الغلط فى الواقع والغلط فى القانون :

ينقسم الغلط ، بالنسبة إلى الأمور التى يرد عليها ، إلى نوعين أساسيين : غلط فى الواقع ، وغلط فى القانون .

(١) وإذا كان شرط اتصال الغلط بالمتعاقد الآخر الذى فرضته المادة ١٢٠ قد جاء بهدف إحاطة العقد بالأمن والاستقرار وعدم تضحية مصلحة الطرف الآخر إلا إذا وجد المسوغ والمبرر ، إذا كان ذلك ، فإنه كان أولى بالمشرع أن يقصر هذا الشرط على المعاوضات دون التبرعات . فالمتبرع له يأخذ ولا يعطى ، فى حين أن المتبرع يعطى ولا يأخذ . وهذا ما يستلزم أن تكون إرادة المتبرع سليمة خالية من كل العيوب التى تشوبها ، وذلك بغض النظر عن موقف المتبرع له من هذه العيوب . وقد تدارك القانون المدنى الكويتى هذا الأمر ، فلم يشترط اتصال الغلط بالمتعاقد الآخر إلا فى المعاوضات دون التبرعات (المادة ٢/١٤٧) . وقد عمم هذا الحكم على التدليس والإكراه ، مكتفياً لإبطال التبرع أن تكون إرادة المتبرع قد جاءت نتيجة العيب ، حتى لو كان المتبرع له بعيداً كل البعد عنه . راجع فى ذلك : مؤلفنا مصادر الالتزام فى القانون المدنى الكويتى — نظرية العقد نبذة ١٥٤ و ١٦٤ و ١٧٤ .

فالغلط فى الواقع أو فى الوقائع ، هو ذلك الذى ينصب على أمر من أمور التعاقد ذاتها ، كمادة الشىء محل التعاقد أو صفاته وكشخصية المتعاقد . وكل الأمثلة التى ذكرناها فيما سبق تدخل فى هذا النوع من الغلط .

أما الغلط فى القانون . فهو ذاك الذى ينصب على حكم القانون بالنسبة إلى أمر من أمور التعاقد ، بأن يعتقد الطرفان أو أحدهما أن القانون يقضى فى ذاك الأمر بحكم معين ، فى حين أنه يقضى فى الحقيقة بحكم مخالف . ومثال ذلك أن تموت امرأة دون أن تخلف عقباً . فيعتقد زوجها أن القانون يفرض له فى تركتها الربع . ويبيع حصته فيها مدفوعاً بهذا الاعتقاد . وهو اعتقاد خاطىء ، إذ أن القانون هنا يفرض للزوج نصف تركة زوجته . وليس ربعها فحسب . ومثال الغلط فى القانون أيضاً أن يشترى شخص قطعة أرض معتقداً أن القانون يمنحه حق البناء عليها . حالة كونه فى الحقيقة يحظره . ومن أمثلة الغلط فى القانون كذلك . مما عرض على المحاكم فى فرنسا . أن يبيع شخص سلعة معينة بثمن محدد . اعتقاداً منه بأنها مسعرة جبرياً . حالة كونها غير ذلك فى الحقيقة [1] .

وقد قام الشك ، فى وقت ما . حول أثر الغلط فى القانون على العقد الذى يجىء نتيجته . وخيل للبعض أن هذا الغلط يقع غير مؤثر . وكان دافعهم إلى ذلك الفهم الخاطىء لقاعدة أساسية . هى قاعدة عدم العذر بجهل القانون .

والحقيقة أن إعمال هذه القاعدة الأخيرة لايتنافى إطلاقاً مع إعمال الغلط فى القانون ، إذا ماوقع [2] . فحكم القانون يطبق دائماً . مالم تتضمنه قاعدة مفسرة . واتفق على استبعاده . ولافرق فى ذلك بين أن يكون المتعاقدان عالمين أو جاهلين به . لكن إذا ارتضى أحد المتعاقدين عقداً ما . حالة كونه يجهل حكم القانون بشأن أمر من أموره . فإن من شأن هذا الغلط

---

(١) انظر حكم Montpilier الفرنسية ٢٣ أكتوبر ١٩٥١ ، دالوز ١٩٥٢/١٥ .

(٢) انظر فى هذا المعنى : Mazeaud ، دروس القانون المدنى ج ٢ الالتزامات نبذة ١٧٣ .

أن يجعل رضاءه غير سليم . فالزوج الذى يبيع حصته فى تركة زوجته التى لم تخلف عقباً . اعتقاداً منه بأنه يرث فيها الربع . فى حين إنه يرث النصف . يقع رضاؤه بهذا البيع معيباً . ولا يعترض على ذلك بمقولة إن الشخص لايعذر بجهله القانون . لأن مؤدى هذه القاعدة أن القانون يطبق على الشخص سواء أكان يعلم أو يجهل حكمه . والقانون فى حالتنا يطبق على نصيب الزوج فى تركة زوجته . فيأخذ النصف . برغم جهله حكمه . ولكنه حينما باع حصته فى تركة زوجته . جاء رضاؤه بهذا العيب مشوباً بالغلط . فجهله بحكم القانون أثر فى رضائه . وجعله يرتضى البيع . فى حين أنه ماكان ليرتضيه بدونه . ومؤدى ذلك ثبوت الحق له فى طلب إبطال البيع ، لا على أساس أنه يريد التهرب من حكم القانون الذى يجهله ، بل على النقيض من ذلك . هو يريد إعمال هذا الحكم ، كل ما فى الأمر أنه يدعى وبحق أن رضاءه بالبيع الذى أجراه لم يأت سليماً ، بسبب جهله لحكم القانون .

هكذا نخلص إلى أن الغلط فى القانون يتساوى تماماً مع الغلط فى الواقع . بمعنى أنه يؤدى مثله إلى اعتبار العقد قابلا للإبطال [١] . بشرط أن يكون جوهريا وأن يتصل بالمتعاقد الآخر . على النحو الذى حددناه فيما سبق . وهذا مالم يقض القانون بغيره . وفى ذلك تقضى المادة ١٢٢ بأنه : « يكون العقد قابلا للإبطال لغلط فى القانون . إذا توافرت فيه شروط الغلط فى الواقع طبقاً للمادتين السابقتين . هذا مالم يقض القانون بغيره » .

وإذا كان الغلط فى القانون يؤدى إلى وقوع العقد الذى أبرم على أساسه قابلا للإبطال . بنفس الشروط . وفى نفس الحدود التى يجب مراعاتها فى الغلط فى الواقع ، فإننا لا نفرق فى ذلك بين القواعد القانونية الآمرة والقواعد

---

(١) وهذا هو الحكم الذى تسير عليه محكمة النقض الفرنسية ، برغم عدم وجود نص يقرر الإبطال لغلط فى القانون . انظر نقض فرنسى مدنى ٩ فبراير ١٩٧٠ ، Gaz. Pal. ١٩٧٠ — ١ — ٣٤٠ ، نقض مدنى فرنسى ٢٤ مايو ١٩٤٨ ، دالوز ١٩٤٨ ، ١٧ وتعليق Lenoan نقض مدنى فرنسى ١٥ يونيه ١٩٦٠ Sem. Jur. ١٩٦١ — ٢ — ٢٢٧٤ وتعليق Voirin ومنشور أيضاً فى سيرى ١٩٦١ — ١ — ١ مع تعليق Savatier .

القانونية المقررة أو المفسرة . فالغلط فى حكم القانون . بالنسبة إلى هذين النوعين . بمنزلة سواء[1] .

ويلاحظ أن الغلط فى القانون . حينما يكون من شأنه أن يجعل العقد قابلا للإبطال ، يؤدى بالضرورة إلى غلط فى واقعة من واقعات العقد . فالزوج الذى يبيع . مثلا . حصته فى تركة زوجته معتقداً أن له فيها الربع . حالة أن له فيها النصف بسبب كونها لم تنجب عقباً . يقع فى غلط فى حكم القانون . وهذا الغلط يجره إلى غلط من نوع آخر . هو غلط فى واقع العقد ذاته ، إذ انه وقع فى غلط بالنسبة إلى القدر المبيع والقيمة التى حصل بها البيع . ومن يشترى أرضاً باعتقاد أن له حق البناء عليها . حالة كون القانون يحظره . يقع فى غلط فى القانون . وهذا الغلط يؤدى به إلى الوقوع فى غلط فى الواقع . حيث إنه ينصب على صفة فى الأرض المبيعة . هى قابليتها للبناء عليها . وهكذا فحينما يكون الشخص واقعاً فى غلط فى القانون يستطيع فى الحقيقة أن يتمسك بهذا الغلط وبالغلط فى الواقع فى آن معاً .

وإذا كان الغلط فى القانون ، شأنه فى ذلك شأن الغلط فى الواقع ، يؤدى عند توافر الشروط القانونية المتطلبة إلى دمغ العقد . بل والتصرف القانونى عموماً ، بالقابلية للإبطال ، فإن ذلك لايعدو أن يكون تقريراً لمبدأ عام حرص المشرع نفسه على أن يصرح بإمكان ورود الاستثناء عليه ، إذا قضى القانون بذلك .

---

(١) والعجيب فى الأمر أن أغلب الفقهاء فى مصر وفى فرنسا يقصرون إبطال العقد على الغلط فى القانون الذى تتضمنه القواعد المقررة ، دون ذاك الذى تتضمنه القواعد الآمرة . بل إن الأعجب من ذلك أنهم ، برغم إجرائهم التفرقة السابقة ، يعمدون ، عند إعطائهم أمثلة الغلط فى القانون المؤثر فى العقد ، إلى سرد حالات من الغلط الواقع فى حكم القواعد الآمرة .

والسبب الذى دعا الفقهاء إلى إجراء التفرقة هنا بين القواعد الآمرة والقواعد المفسرة هو الخلط الشائع الذى وقعوا فيه بين الغلط فى القانون وقاعدة عدم العذر بجهل القانون ، التى رأوها بدورها مقصورة على النوع الأول من القواعد القانونية ، دون الثانى . والحقيقة أن الغلط فى القانون شىء وعدم جواز العذر بجهله شىء آخر ، وأن كلا من هاتين القاعدتين تسرى على القواعد القانونية الآمرة والقواعد القانونية المقررة أو المفسرة ، دون تفريق .

ومن الاستثناءات المقررة على قاعدة أن الغلط فى القانون يمكن له أن يؤدى إلى وقوع العقد قابلا للإبطال ما تقضى به المادة ٥٥٦ مدنى من أنه : « لايجوز الطعن فى الصلح بسبب غلط فى القانون » . ومن هذه الاستثناءات أيضاً ما يمكن الوصول إليه . تفسيراً للمادة ٢٢٧ مدنى . من أنه إذا اتفق على فائدة تزيد على الحد القانونى . اعتقاداً من أحد الطرفين أو كليهما بأنها داخلة فيه . فإن الجزاء لايكون فى إبطال العقد . وإنما فى إنقاص الفائدة إلى الحد القانونى فحسب [١] . وكذلك الشأن إذا أبرم إيجار شىء مما يخضع للتشريع الإيجارى الاستثنائى بأجرة تزيد على الحد القانونى . اعتقاداً من المؤجر عن خطأ أن هذا الشىء لايخضع لذلك التشريع أو أن الأجرة المتفق عليها تدخل فى النصاب القانونى . فلايكون هنا للمؤجر أن يطلب إبطال الإيجار للغلط . إذا تمسك المستأجر بالامتداد القانونى للإيجار . أو طلب إنقاص الأجرة إلى الحد القانونى . وسند هذا الحكم أن القانون يحدد تحديداً حصرياً الأحوال التى يجوز فيها إخلاء العين المؤجرة من المستأجر . وليس من بينها إبطال العقد لغلط فى القانون [٢] .

وإذا امتنع . استثناء من الأصل العام المقرر بمقتضى المادة ١٢٢ ، التمسك بالغلط فى القانون . فإنه يمتنع بالضرورة التمسك بالغلط فى الواقع الذى يؤدى هو إليه .

١٥٤ — أثر الغلط :

يخلص مما سبق أنه إذا كان الغلط جوهريا . بمعنى أنه بالغ من الجسامة حداً بحيث كان يمتنع معه المتعاقد الذى وقع فيه عن أن يتعاقد لو أنه تبين وجه الحقيقة . واتصل هذا الغلط بالمتعاقد الآخر . بأن وقع بدوره فيه . أو كان على علم بأن غريمه قد وقع فريسته . أو فى الأقل كان من السهل أن

---

(١) راجع : السنهورى ، المرجع السابق ، نبذة ١٧٤ — عبد المنعم الصده ، المرجع السابق نبذة ١٦٥ .

(٢) راجع : عبد المنعم الصده . المرجع السابق نبذة ١٦٥ .

أن يتبين عنه ذلك ؛ إذا توافر هذان الشرطان كلاهما أنتج الغلط أثره . وسواء بعد ذلك أكان غلطاً فى الواقع أم غلطاً فى القانون .

ويتركز أثر الغلط فى جعل العقد قابلا للإبطال ، على النحو الذى سنبينه فيما بعد . عند الكلام فى الجزاء المترتب على عدم توافر شروط صحة العقد . بل ان الغلط . شأنه فى ذلك شأن باقى عيوب الرضا ، لايدمغ بالقابلية للإبطال العقد وحده . وإنما التصرف القانونى بوجه عام . أى حتى التصرف الصادر بإرادة واحدة ، كالوصية والوعد بجائزة وترك الخصومة فى الدعوى[1] .

ووقوع المتعاقد فى غلط ، وتحقق توافر شروط إعمال هذا الغلط . مسألة من مسائل الواقع . يستقل قاضى الموضوع بتقديرها . دون أن تخضع فى ذلك لرقابة محكمة النقض ، مادام تقديره قد قام على مقومات سائغة تبرره ، شأن الغلط فى ذلك شأن غيره من عيوب الرضاء الأخرى [2] .

---

(١) انظر فى إمكان الطعن بالغلط فى ترك الخصومة ، نقض ١٩٧٦/١١/٢٤ ، طعن ٣٢/٥ ٤ق مجموعة النقض س٢٧ ص١٦٤٩ رقم ٣٠٤ . وانظر أيضاً فى إمكان الطعن فى التصرفات الصادرة بالإرادة المنفردة بوجه عام ، نقض فرنسى مدنى (دائرة أولى) ٩ فبراير ١٩٧٠ Bull. civil سنة ١٩٧١ ص ٧٥١ ، ومنشور أيضاً فى Rev. trim. dr. civ. رقم ٤٧ ص ٧٨ وتعليق Loussouran . وانظر أيضاً بالنسبة إلى الغلط فى النزول عن التركة renonciation à la succession ، نقض مدنى فرنسى ٢٤ مايو ١٩٤٨ ، دالوز ١٩٤٨ ص ٥١٧ وتعليق Lenco ، ومنشور أيضاً فى سيرى ١٩٤٩ – ١ – ١٠٢ مع تعليق Delaum – نقض مدنى فرنسى ١٢ يناير ١٩٥٣ ، دالوز ص ٢٣٤ – نقض مدنى فرنسى ١٥ يونيه ١٩٦٠ ، دالوز ١٩٦١ – ١ .

ويلاحظ أن الغلط إذا كان يؤثر فى التصرف القانونى الصادر بإرادة واحدة ، على نحو ما يؤثر فى العقد ، إلا أنه لا يلزم لإعماله فيه توافر الشرطين اللازمين لإعماله فى مجال العقد كليهما . وإنما يكتفى فيه بأن يكون جوهرياً . أما الشرط الثانى المتطلب فى مجال العقد ، وهو أن يكون الغلط متصلا بالمتعاقد الآخر ، فهو ليس بلازم بطبيعة الحال ، فى مجال التصرف الصادر بإرادة واحدة ، لأنه يقع هنا غير ذى موضوع . وما قلناه بصدد الغلط يسرى أيضاً على التدليس والإكراه .

(٢) انظر : نقض ١٩٧٣/٣/١٣ طعن ٣٨/٣٩ق مجموعة أحكام النقض س ٢٤ ص٣٩٦ رقم ٧٠ . وانظر أيضاً تمييز الكويت ١٩٧٧/٢/٢١ طعن رقم ١٩٧٦/٢٣ تجارى . =

والقضاء بإبطال العقد تأسيساً على الغلط لايمنع القاضى من الحكم . زيادة عليه ، بالتعويض لمن وقع ضحيته ، إذا ناله ضرر لم يصلح الإبطال فى رفعه عنه . وكان هذا الضرر ناجماً عن خطأ ارتكبه الطرف الآخر وأدى بالأول إلى أن يجىء رضاؤه مشوباً بالعيب المبطل . كما إذا علم بوقوعه فى الغلط . فلم ينبهه إليه . متجافياً فى ذلك مع مقتضيات الشرف ونزاهة التعامل . وهذا الحكم لايعدو أن يكون تطبيقاً للقواعد العامة فى المسئولية التقصيرية(١) . ولنظرية الخطأ عند تكوين العقد .

١٥٥ — عدم التمسك بالغلط على وجه يتعارض مع حسن النية :

رأينا أنه إذا وقع المتعاقد فى غلط ، توافر فيه شرطاه اللذان حددناهما . كان له أن يطلب إبطال العقد . وحق المتعاقد فى إبطال العقد على أساس الغلط ليس مطلقاً . فهو يتحدد بما لا يتنافى مع حسن النية . وفى ذلك تقضى

= وقد جاء فى هذا الحكم : « أن تقرير وقوع المتعاقد فى الغلط يعتبر ، كشأن باقى عيوب الرضا التى ترد على العقود ، من مسائل الواقع التى يستقل قاضى الموضوع بتقدير الأدلة فيها بغير معقب ، متى أقيم تقديره لهذا الواقع على ما ينتجه » .

(١) أنظر نقض ١٩٧٠/٦/٢ طعن ٣٦/٣٤ق مجموعة أحكام النقض س ٢١ ص ٩٦١ رقم ١٥٤ . وقد جاء فى هذا الحكم أنه « يجوز القضاء ببطلان العقد (الصحيح إبطال العقد) إذا أثبت أحد المتعاقدين أنه كان واقعاً فى غلط ، ثم أثبت أنه لولا هذا الغلط لما أقدم على التعاقد . ويجوز مع القضاء ببطلان العقد أن يحكم بالتعويض إذا ترتب عليه ضرر لأحد المتعاقدين ، ويكون ذلك لا على اعتبار أنه عقد ، بل على اعتباره واقعة مادية ، متى توافرت شروط الخطأ الموجب للمسئولية التقصيرية فى جانب المتعاقد الآخر الذى تسبب بخطئه فى هذا الإبطال » . والحكم فى ذلك صحيح فى مجموعه . إلا أننا نلاحظ على صياغته اتسامها بالعمومية فى تحديد الطرف الذى يثبت له التعويض . فقد جاء فيه قوله إنه يجوز الحكم بالتعويض إذا ترتب على الإبطال ضرر « لأحد المتعاقدين » ، الأمر الذى قد يفهم منه أن هذا التعويض قد يكون لهذا العاقد أو لذاك ، فى حين أنه لا يكون فى الحقيقة إلا للعاقد الغالط وحده ، دون غريمه . ذلك لأنه ، حتى إذا سلمنا بإمكان نسبة الخطأ ابتداء إلى المتعاقد الغالط عندما وقع فى الغلط المبطل للعقد . فإن الطرف الآخر إما أن يكون قد وقع بدوره فى نفس الغلط ، وهنا لا يحق له أن يتأذى من أمر هو نفسه واقع فيه ، وإما أن يكون عالما بوقوع غريمه فى الغلط ، أو كان بإمكانه أن يعلم به لو أنه بذل الحرص الواجب . وهنا يكون هذا المتعاقد الآخر مرتكباً خطأ هو بالضرورة أفدح مما ارتكبه العاقد الغالط .

المادة ١٢٤ بأنه : « ١ — ليس لمن وقع فى غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضى به حسن النية. ٢ — ويبقى بالأخص ملزماً بالعقد الذى قصد إبرامه . إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد » .

فلا يسوغ للشخص أن يتمسك بالغلط على وجه يتعارض مع مايقضى به حسن النية . فالغلط وهم كاذب يقع فيه المتعاقد من تلقاء نفسه . دون أن يجره إليه المتعاقد الآخر . أو فى الأقل . دون أن يجره إليه بما يصل إلى مرتبة الحيلة والخداع. فغلطه إذن يعزى إليه قبل كل شيء . فإن أراد أن يتمسك به . بغية الوصول إلى إبطال العقد . وجب ألا يكون ذلك منه على نحو يتجافى مع مايوجبه عليه حسن النية وشرف التعامل . وإلا كان متعنتاً فيما يطلب من حماية القانون . ولزم رفض دعواه .

ومن أبرز الحالات التى يظهر فيها التعنت . والتى خصها المشرع بالذكر أن يصر الغالط على إبطال العقد والخلاص كلية من أى تعامل مع غريمه . إذا أظهر هذا الأخير استعداده أن يجرى التعامل معه على نحو يتمشى مع حقيقة ماقصده هو . أى الغالط . عند إبرام العقد . أى على نحو يرتفع عنه أثر الغلط . بل حتى ولو لم يرتفع هذا الأثر كلية . وكان من شأن إعادة الصفقة أن تحمل الغالط بالقليل مما لايبهظه من تضحية . ومثال هذه الحالة أن يشترى شخص ساعة من ماركة معينة . اعتقاداً منه بأنها من الذهب الخالص . حالة كونها من النحاس . فيصر على التخلص من الصفقة كلية . برغم أن البائع يعرض عليه . بالثمن عينه أو حتى بثمن يزيد قليلا . ساعة من الذهب الخالص من نفس الماركة والشكل . فمن البداهة أنه مما يتعارض مع حسن النية أن يستهدف الشخص من التمسك بالغلط شيئاً يزيد على تخلصه من نتيجة وقوعه فيه . بل حتى لو كان من شأن ذلك أن يحمله باليسير مما لايبهظه .

١٥٦ — الغلط المادى :

يجب عدم الخلط بين الغلط . باعتباره عيباً يشوب الرضاء . وبين الغلط المادى الذى يجيء فى عبارة العقد . فالأول . كما بينا . اعتقاد خاطيء أو وهم

كاذب يتولد فى ذهن المتعاقد ويدفعه إلى التعاقد . وهو بذلك يفسد منه الرضاء. أما الغلط المادى ، فيقصد به مجرد زلات الحساب أو القلم . وهو بهذه المثابة لايؤثر فى الرضاء . إذ الفرض أن الرضاء قد قام على الأساس الصحيح . ولكن وقع غلط بعد ذلك فى الحساب أو فى تحرير العقد . فالغلط المادى لايعدو أن يكون مظهراً غير صحيح لرضاء هو فى ذاته سليم [١] . ومثال ذلك أن يبيع شخص لآخر ٥ أفدنة بسعر ٥٠٠ جنيه للفدان . ثم يذكر أن مجموع الثمن المستحق على المشترى ألفان جنيه . بدلا من ألفين وخمسمائة . أو أن يدفع المشترى من هذا الثمن ألف وخمسمائة ويتبقى عليه ألف . فيذكر فى العقد العكس .

ومادام الغلط المادى لايؤثر فى الرضاء ، فإنه لايمس صحة العقد . بل يقتصر الأمر على تصحيح ماجاء مغلوطاً . وفى ذلك تقضى المادة ١٢٣ بأنه : « لايؤثر فى صحة العقد مجرد الغلط فى الحساب. ولا غلطات القلم . ولكن يجب تصحيح الغلط » .

ولكن إذا كان الغلط المادى لايؤثر فى الرضاء ولا يمس صحة العقد ، إلا أنه قد يجر إلى غلط آخر يشوب الرضاء ويجعل العقد قابلا للإبطال . ومثال هذه الحالة . أن يعمد شخص إلى حساب قيمة تكلفة السلعة حتى يحدد ثمن بيعها ، فيخطىء الحساب . ويصل إلى تقدير سعر لبيع السلعة . فى حين أنه ماكان ليقبل البيع به . لو أنه لم يخطىء ؛ فى مثل هذه الحالة .

---

(١) راجع نقض ١٦/١/١٩٦٩ طعن ٤٥٧/٣٤ ق مجموعة النقض س ٢٠ ص ١١١ رقم ١٩ . وقد جاء فى هذا الحكم أن « مجال تطبيق المادة ١٢٣ من القانون المدنى الغلطات فى الحساب وغلطات القلم ، أى الأخطاء المادية التى تقع من محرر العقد أثناء كتابته وتكشف عنها الورقة بذاتها ولا يترتب على تصحيحها تعديل موضوع العقد . فلا يدخل فى هذه الأخطاء التوقيع على الورقة بختم بدلا من ختم آخر ؛ لأن الورقة لا يمكن أن تكشف بذاتها عن هذا الخطأ ، ولأن تصحيحه يترتب عليه إسناد الورقة إلى غير الموقع عليها وهو ما يخالف نص المادة ٣٩٤ من القانون المدنى (أحكام القانون المدنى المتعلقة بالإثبات ألغيت بمقتضى القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨ وحلت محلها الأحكام التى جاء بها هذا القانون) التى تقضى بأن الورقة تعتبر صادرة من موقعها .

يؤدى الغلط فى الحساب إلى الوقوع فى غلط يشوب الرضاء . وهو غلط فى قيمة الشىء . ومؤدى هذا الغلط الأخير أن يجعل العقد قابلا للإبطال . مادام هو جوهريا . ومتصلا بالمتعاقد الآخر .

١٥٧ — فكرة الغلط فى الفقه الإسلامى :

لم يتناول فقهاء المسلمين الغلط . باعتباره عيباً يشوب الرضاء . فى مؤلفاتهم . ولم يولوه من العناية ما أولوه للتدليس والإكراه . اللذين أحاطوهما .و على الأخص أخيرهما . ببالغ الرعاية والاهتمام .

والحق إن الغلط . باعتباره أمراً نفسياً تلقائياً . يقوم على توهم يخالف الحقيقة ، ويتولد ذاتيا لدى صاحبه بطريقة عفوية تلقائية. لا يتمشى مع ما يسود شريعتنا الاسلامية من نزعة موضوعية مادية . فهذه الشريعة السمحة . فى علاقة الناس بعضهم ببعض . تغلب ما يظهر لهم على ما يخفى عليهم . استقراراً للمعاملات بينهم ، ومنعاً للقلقلة والاضطراب . ونجد تطبيقاً لذلك أن الفقه الإسلامى يغلب الارادة الظاهرة على الارادة الباطنة عند تعارضها [١] . ومؤدى هذه الفكرة ذاتها أنه لا يعتد ، فى ابرام التصرفات . بالغلط بمفهومه العلمى الصحيح . أى باعتباره وهما يخالف الحقيقة . ويتولد تلقائيا عند صاحبه .

١٥٨ — ومع ذلك فقد رأينا فقيها معاصرا فذاً . هو الأستاذ الكبير السنهورى [٢] . يحاول أن يجد لنظرية الغلط . على نحو ما يقول به القانون المعاصر ، صدى أميناً فى الفقه الإسلامى . وقد جذب إلى فكرته بعض الفقهاء الآخرين [٣] .

وتتركز فكرة الأستاذ السنهورى فى أن الفقه الإسلامى يعرف ، شأنه فى ذلك شأن الفقه الغربى التقليدى : الغلط المانع والغلط المؤثر .

---

(١) راجع ، فى ذلك : مؤلفنا مصادر الالتزام فى قانون التجارة الكويتى . نبذة ٤١ .

(٢) انظر السنهورى . مصادر الحق فى الفقه الإسلامى ج ٢ ص ١١١ وما بعدها .

(٣) انظر مصطفى الزرقا ، الفقه الإسلامى فى ثوبه الجديد ج ١ طبعة ٩ نبذة ١١٩ وما بعدها — عبد المجيد الحكيم . مصادر الالتزام ، نبذة ٢٢٦ وما بعدها . وقارن شفيق شحاته . المرجع السابق نبذة ١٥٧ وما بعدها .

فالغلط المانع يكون عند اختلاف الجنس ، أو اتحاده مع التفاوت الكبير فى الوصف . ومثال الحالة الأولى ، أى اختلاف الجنس . أن يبيع شخص ياقوتا . فإذا بالمبيع زجاج .أو يبيع حنطة . فإذا بالمبيع شعير . أما الحالة الثانية ، وهى حالة اتحاد الجنس مع التفاوت الفاحش فى الوصف[1] ، فمثالها أن يبيع شخص داراً من آجر فإذا بها من لبن . أو يقول شخص لآخر : بعتك هذا الغلام ، فإذا بالمبيع جارية[2] . ويؤدى الغلط المانع فى الفقه الإسلامى ، على حد تعبير الأستاذ السنهورى . إلى منع انعقاد العقد ، وان كان يضيف ، تعليلا لذلك قوله : لأن المحل يكون معدوماً .

أما الغلط المؤثر . فقد رآه صاحب الفكرة فيما يلى :

(أ) **تفاوت الوصف دون تفاحش** : وهنا يكون الجنس متحداً بين الشيء الذى ارتضته ارادة العاقد والشيء الموجود بالفعل . ولكن الوصف المرغوب فيه ، غير متوافر . دون تفاحش . ومثال ذلك أن يبيع شخص ياقوتا أحمر . فإذا هو ياقوت أصفر . أو أن يبيع بقرة . فإذا بها ثور . أو ناقة ، فإذا هى جمل .

وفى هذه الحالة . يرى صاحب الفكرة أن الغلط يقع مؤثراً ، من حيث أنه يخول ضحيته إما الإبقاء على العقد بحالته ، وإما فسخه[3] .

---

(١) فقهاء المسلمين يعطون التفاوت الفاحش فى الوصف المرغوب حكم الاختلاف فى الجنس . أو هو يؤدى . على حد تعبير بعضهم ، إلى اعتبار الشيئين جنسين مختلفين فى المعنى ، فيكون حكمه حكم اختلاف الجنس فى الحقيقة (انظر فتح القدير ، ج ٥ ص ٢٠٦) .

(٢) يلاحظ أن فقهاء المسلمين يقررون أن اختلاف الحيوانات فى الذكورة والأنوثة لا يعتبر اختلافا فاحشا فى الوصف ، كما إذا باع حيواناً على أنه بقرة ، فاذا به ثور . أما فى بنى الإنسان ممن كانوا يعتبرون عبيدا وإماء ، فالاختلاف فى الذكورة والأنوثة ، كان يعتبر اختلافا فاحشا فى الوصف . يؤدى إلى اعتبار الخلاف فى حكم ذاك الواقع فى الجنس ، وذلك للاختلاف البين الجسيم فى المنفعة المقصودة من الجارية والعبد .

(٣) ولكنه يشترط لذلك أن يكون الغلط واضحاً للمتعاقد الآخر ، بأن كان قد صدر من الغالط ما استطاع أن يستشف منه غلطه . أو استطاع أن يستشف هذا الغلط دلالة من ظروف التعاقد .

(ب) الغلط فى شخصية المتعاقد ، إذا كانت محل اعتبار فى العقد ؛ ومثال ذلك أن تتزوج المرأة من الرجل . فإذا هو ليس كفؤا لها ، أو به عجز أو مرض يحول دون المقصود من الزواج . وكما إذا تنازل الشفيع عن الشفعة اعتقاداً منه بأن المشترى هو شخص معين يطمئن إليه ، فإذا به آخر يخشى منه . ومثال ذلك ، فى النهاية ، اجارة الظئر لإرضاع طفل، ثم ظهور أنها مريضة أو فاسقة ، أو عدم ملاءمة لبنها لصحة الطفل .

وهنا أيضاً يقع الغلط مؤثراً . ويكون للغالط أن يبقى على العقد أو يفسخه .

(ج) الغلط فى القيمة : الغلط فى القيمة ، إذا صحبه غبن ، يؤدى إلى منح صاحبه الحق فى الابقاء على العقد أو فسخه ، بشرط أن يكون هذا الغلط قد جاء نتيجة التغرير أو التدليس . وهذا ما يسمى بخيار الغبن .

هذا تلخيص ، نعتقد أنه أمين ، لفكرة الأستاذ الكبير السنهورى. وواضح أنه يستهدف بها إظهار أن الفقه الإسلامى يعرف نظرية الغلط على نفس النحو الذى عرفها عليه الفقه الغربى . وكأنك ، حينما تستعرض النتيجة التى وصل إليها ، ترى فيها صورة تكاد ، فى أصولها ، أن تكون مطابقة لما يتضمنه فقه القانون المعاصر فى نظريته التقليدية للغلط .

١٥٩ — وهذه الفكرة ، من فقيهنا الفذ ، محل نظر عندنا . فهى لا تبدو لنا سليمة ، لا فى أساسها ، ولا فى غايتها .

فمن ناحية أولى ، فكرة الغلط فى ذاتها لا تتسق مع النزعة الموضوعية المادية التى تسود الفقه الإسلامى، على نحو ما بيناه[1] . وذلك باختلاف التغرير والاكراه والغبن . فهذه العيوب الثلاثة الأخيرة خلافاً للغلط ، تصطحب بأمور مادية ظاهرة ، هى الاحتيال أو الضغط أو عدم المساواة فى العقد . الأمر الذى نفهم معه اهتمام الفقه الإسلامى بها دونه .

ومن ناحية ثانية ، فإننا نكاد لا نجد فى الفقه الإسلامى اهتماماً بالغلط

---

(١) راجع ما سبق ، نبذة ١٠ .

باعتباره عيباً يشوب لذاته وبمجرده الرضاء بالعقد . بل ان اصطلاح « الغلط » فى ذاته يكاد يكون غير مألوف لدى الفقهاء .

ومن ناحية ثالثة ؛ فان المحاولة الذكية التى لجأ إليها الفقيه الكبير لاستنتاج التقارب ، ان لم يكن التشابه ، بين الفقه الإسلامى والقانون المعاصر بالنسبة إلى الغلط ، ليست ناجحة . واظهاراً لذلك نقول :

(أ) بالنسبة إلى اختلاف الجنس والتفاوت الفاحش فى الوصف ، لم يلجأ فقهاء المسلمين إلى فكرة الغلط لإبطال العقد . بل انهم لم يلجأوا حتى إلى التراضى للوصول إلى انعدامه ، كما نفعل نحن اليوم فى القانون المعاصر بصدد ما يسمى بالغلط المانع . ولكنهم أبطلوا العقد تأسيساً على انعدام محل الالتزام ، أو ما يسمى عندهم المعقود عليه . وهم فى ذلك يقولون انه إذا اختلف الجنس (كما إذا قال بعتك هذا الياقوت ، فإذا هو زجاج) ، أو وقع التفاوت الفاحش فى الوصف (كما إذا قال بعتك هذه الدار المبنية من الآجر ، فإذا بها من لبن) ، فإن العقد لا ينعقد أصلا ، لأن العاقد قصد شيئاً ، فى حين أن هذا الشىء بذاته غير موجود فى الحقيقة . فالعقد هنا يبطل لأن المعقود عليه معدوم . والمعدوم لا يصح أن يكون محلا للتعاقد فى الفقه الاسلامى ، كأصل عام . وهكذا فبطلان العقد هنا ، وفق منطق الفقه الإسلامى ، لا يقع تأسيساً على انعدام الرضاء ، كما ذهب استاذنا السنهورى ، ولكن تأسيساً على انعدام المحل . وهو أمر يعترف هو نفسه [1] به ، كما إنه ظاهر بوضوح من كتابات بعض فقهاء الشرع الإسلامى [2] . ويبين بشكل يكاد يكون قاطعاً فى المجلة [3] .

---

(١) بعد أن قال الأستاذ السنهورى (مصادر الحق فى الفقه الإسلامى ج ٢ ص ١١٣) أن الغلط فى جنس الشىء يمنع انعقاد العقد ، استطرد يقول : « لأن المحل يكون معدوما » . فى حين أنه مؤدى الغلط المانع أن يمنع انعقاد العقد لانعدام الرضاء ، وليس لانعدام المحل .

(٢) جاء فى الفتاوى الهندية (ج ٢ ص ١٣٤) : « لو باع فصا على أنه ياقوت ، فاذا هو زجاج ، أو أشار إلى مملوك ، فقال بعتك هذا الغلام ، فاذا هو جارية : كان البيع باطلا ، لأنهما جنسان مختلفان فيكون هذا بيع معدوم » . وجاء فى الزيلعى (ج ٤ ص ٥٣) : « ثم إذا كان المعتبر هو المسمى عند إختلاف الجنس ، يقع البيع باطلا ... لأنه معدوم . وبيع المعدوم لا يجوز إلا فى السلم » .

(٣) فبعد أن جاءت « المجلة » ، فى المادة ٢٠٥ منها ، تقرر الأصل العام فى أن بيع المعدوم باطل ، جاءت فى المادة ٢٠٨ منها تقول : « إذا باع شيئاً وبين جنسه ، فظهر المبيع من غير ذلك الجنس ، بطل البيع . فلو باع زجاجا على أنه ألماس ، بطل البيع » .

(ب) بالنسبة إلى اختلاف الوصف دون تفاحش ، كما إذا باع ياقوتا أحمر . فإذا به أصفر ، أو بقرة فإذا بها ثور . يخول الفقه الإسلامى للعاقد إما الإبقاء على العقد كما هو . واما فسخه . وقد أرجع الأستاذ السنهورى ذلك إلى فكرة الغلط المؤثر . وهذا لا يتسق اطلاقاً مع ما جاء فى كتابات الفقهاء المسلمين . فجميع الأمثلة التى تضمنتها عبارات الفقهاء المسلمين والتى أوردها الأستاذ السنهورى نفسه ، والتى يثبت فيها خيار الفسخ ، لا تخرج عن حالات ثلاث : (١) إما أن يكون الوصف المرغوب فيه مسبوقاً بعبارة : «على أنه» . كما هو الشأن فى المثل السائد الذى يقول : « إذا باع ليلا فصا على أنه ياقوت أحمر . فظهر أصفر ، أو ذاك الذى يقول : « لو اشترى كتاباً على أنه من تأليف محمد[1] . « فظهر أنه كتاب غيره » (٢) وأما أن يكون الوصف المرغوب فيه مسمى فى العقد. كما إذا قال: « بعتك هذا الفص من الياقوت الأحمر » . فظهر أصفر (٣) . وأما أن يكون الوصف المرغوب فيه مستخلصاً دلالة من ظروف التعاقد . كما إذا اشترى شخص عبداً شهرته أنه خباز أو أنه كاتب . فظهر غير ذلك . ومن هذه الأمثلة الثلاثة يبين . أن خيار الفسخ ، عند اختلاف الوصف . لايثبت إلا إذا كان الوصف المرغوب مشترطاً فى العقد . إما صراحة ، أو أشارة أو دلالة . وهكذا فرد خيار الفسخ هنا لا يرجع إلى فكرة الغلط . كما ذهب استاذنا السنهورى ، ولكن إلى الاخلال بشرط تضمنه العقد . إن صراحة أو اشارة أو دلالة ، بفوات وصف مرغوب فيه تضمنه هذا الشرط . وهذا هو بالفعل أساس ما يطلق عليه فى الفقه الإسلامى ، « خيار الوصف » . وقد جاءت المجلة تقر هذه الفكرة »[2] . .

---

(١) المقصود هو محمد بن الحسن الشيبانى (المتوفى سنة ١٨٩ هـ) . وهو الصاحب الثانى للامام الأكبر أبو حنيفة ، بعد أبو يوسف .

(٢) فقد جاءت ، تحت عنوان « فى بيان خيار الوصف » ، تقول فى المادة ٣١٠ منها : « إذا باع مالا بوصف مرغوب ، فظهر المبيع خالياً عن ذلك الوصف ، كان المشترى مخيرا ، إن شاء فسخ البيع ، وإن شاء أخذه بجميع الثمن المسمى . ويسمى هذا الخيار خيار الوصف . مثلا لو باع بقرة على أنها حلوب ، فظهرت غير حلوب ، يكون المشترى مخيراً . وكذا لو باع فصا ليلا على أنه ياقوت أحمر ، فظهر أصفر ، يخير المشترى » .

هكذا يبين أن خيار الفسخ ، لفوات الوصف ، لا يرجع إلى فكرة الغلط ، ولكن إلى فكرة اشتراط الوصف المرغوب ، ثم تخلفه . وليس أدل على ذلك من عدم ثبوت ذلك الخيار ، عند عدم اشتراط هذا الوصف . ومثال ذلك أن يبيع شخص مصلى غير عالم بأنها خز ، أو أن يبيع ثوباً مروياً[١] معتقد أنه غير ذلك . وكما إذا قال البائع : « أبيعك هذا الحجر ، فإذا هو ياقوتة » . فى كل هذه الأمثلة يرى فقهاء المسلمين أن البيع يقع لازماً ، ولا يثبت فيه للبائع خيار الفسخ . برغم أنه وقع فى غلط جوهرى ، وحتى لو كان المشترى يعلم بحقيقة المبيع .

(ج) بالنسبة إلى الاختلاف فى الشخصية : يقول الأستاذ السنهورى أن الفقه الإسلامى يقر الغلط فى الشخصية إذا كانت محل اعتبار فى التعاقد . ويضرب لذلك عدة أمثلة أهمها زواج المرأة برجل يتضح لها أنه ليس كفؤا لها ، وتنازل الشفيع عن الشفعة اعتقاداً منه بأن المشترى شخص معين ، ثم يتضح له أنه شخص آخر . واجارة الظئر التى يبين عدم صلاحها لإرضاع الطفل . والحقيقة أن الغلط هنا لا يلعب أى دور ، وانما ثبوت خيار الفسخ يرجع إلى اعتبارات أخرى تختلف باختلاف كل حالة .

فبالنسبة إلى الزواج ، لا يرجع خيار الفسخ عند انتفاء الكفاءة ، إلى فكرة الغلط ، وإنما إلى وجوب حماية المرأة من زواجها برجل لا يكون لها كفؤا . وآية ذلك أن فسخ الزواج لعدم الكفاءة لا يثبت ، وفقاً لإجماع مذاهب السنة الأربعة ، إلا للمرأة دون الرجل . ثم أن المرأة التى تتزوج بمن لا يكون لها كفؤا ، تستطيع ، فى المذهب الحنفى على الأقل ، أن تطلب فسخ الزواج ، حتى لو كانت تعلم ، عند الزواج ، بأن رجلها أدنى منها مرتبة[٢] .

وبالنسبة إلى الشفعة ، فالحكمة منها ، وهى دفع أذى المشترى ، هى التى تقضى أن تنازل الشفيع لا يقع صحيحاً إلا بالنسبة إلى الشخص الذى يقع من أجله ، لا من أجل شخص آخر .

---

(١) الثوب المروى ، منسوب إلى مرو (بفتح وسكون) . وهى بلدة من بلاد فارس ، اشتهرت بصنع الثياب .

(٢) أنظر فى هذا المعنى Linant de Bellefonds ، المرجع السابق نبذة ٥١٥ و ٥١٦ .

وكذلك بالنسبة إلى الظئر . فصلحة الطفل هى المقصودة من اجارتها . فإذا استبان تخلف هذه المصلحة ، كان لوليه أن يفسخ الاجارة .

(د) بالنسبة إلى الغبن : الغلط فى القيمة يقع غير مؤثر فى الفقه الاسلامى. فالذى يهتم به هذا الفقه هو الغبن . بل إنه ، كأصل عام ، لا يهتم بالغبن المجرد . وإنما يتطلب أن يجيء هذا الغبن وليد التغرير أو التدليس .

من كل ما سبق يخلص أن فكرة الغلط غريبة عن الفقه الإسلامى ولا تتسق مع النزعة المادية الموضوعية التى تسوده .

بيد أن هذا ليس معناه قصور أو نقص فى الفقه الإسلامى عما عليه الحال فى القانون المعاصر . إذ أنه يصل إلى تحقيق الغاية من نظام الغلط ، فى الحدود التى يسمح بها استقرار المعاملات وازدهار التجارة ، على شكل ان لم يفضل القانون المعاصر ، فعلى الأقل لا يدنوه . وذلك بوسائل فنية أخرى تتركز فى نظرية المعقود عليه ، أو محل الالتزام كما يسمى فى القانون المعاصر . وفى خيار الوصف . وخيار العيب .

ثانياً : التدليس

١٦٠ — التدلس dol ، أو التغرير ، كما يسمى فى الفقه الإسلامى[١] . باعتباره عيباً يشوب الرضاء ، هو الالتجاء إلى الحيلة والغش بقصد إيهام المتعاقد بأمر يخالف الواقع . وجره بذلك إلى التعاقد . فقوامه التضليل والتمويه والخداع . ومثاله أن يقدم شخص لآخر شهادة كاذبة توهم بمتانة منزل أو بدقة بنائه أو بكثرة إيراده ، ويصل بذلك إلى حمله على شرائه . ومثاله كذلك أن يتقدم شخص إلى بنك ، ظاهراً أمامه بمظهر اليسار ، عارضاً عليه شهادات مزورة توهم بكثرة أمواله ، ويدفعه بذلك إلى فتح اعتماد لصالحه . أى إلى وعده بإقراضه . ومثاله فى النهاية أن يقصد شخص إيهام شركة التأمين بصحة بدنه وخلوه من الأمراض التى تهدد حياته . حتى يصل

---

(١) راجع فى التدليس أو التغرير فى الفقه الإسلامى ما سيجىء ، نبذة ١٧٠ .

بذلك إلى حملها على إبرام عقد التأمين على حياته[1]، فيجعل آخر يتقدم إلى الكشف الطبي مكانه منتحلا شخصيته .

والتدليس يؤدى إلى تضليل المتعاقد الذى يقع ضحيته . فهو يجعله يعتقد أمراً يخالف الحقيقة . وبعبارة أخرى . هو يؤدى إلى إيقاعه فى الغلط . وهكذا نصل إلى أن التدليس ، إن عاب الرضاء . فهو لا يفعل أكثر من أن يجعله مشوباً بالغلط . كل ما فى الأمر أن الغلط الناشىء عن التدليس هو غلط مدبر يقصد المدلس إيقاع ضحيته فيه . ويجره فعلا إليه[1] . بالحيلة والخديعة والتضليل . فى حين أن الغلط العادى . يتولد فى ذهن ضحيته تلقائياً ، أى من غير أن تدفع تلك الضحية إليه . أو فى الأقل من غير أن تدفع إليه بالحيلة والخداع والغش .

وقد عرض القانون المدنى للتدليس فى المادتين ١٢٥ و ١٢٦ .

١٦١ — شروط إعمال التدليس :

لكى ينتج التدليس أثره القانونى . من حيث إنه يشوب الرضاء . ويجعل العقد قابلا للإبطال . يلزم أن تتوافر فيه الشروط الثلاثة الآتية :

١ — استعمال طرق احتيالية تؤدى إلى تضليل المتعاقد .

٢ — أن يحصل استعمال الطرق الاحتيالية من المتعاقد الآخر أو ممن فى حكمه . أو أن يكون هذا المتعاقد الآخر . فى الأقل ، عالماً باستعمالها أو مستطيعاً أن يعلم به .

٣ — أن يكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد .

ونتناول كلا من هذه الشروط بالإيضاح . وذلك فيما يلى :—

١٦٢ — الشرط الأول — استعمال الطرق الاحتيالية :

قوام التدليس الاحتيال والتغرير والتضليل . كما بينا . فلابد إذن من

---

(١) انظر : استئناف مختلط ١٩٣٥/١٢/٩ ب ٣٨ ص ٩٠ .

(٢) راجع فى ذلك Mazeaud ، دروس القانون المدنى ، نبذة ١٨٨ .

أن يتضمن أدوات أو وسائل تصل به إلى هذه النتيجة . ويطلق على هذه الوسائل أو الأدوات الطرق الاحتيالية أو الحيل manoeuvres frauduleuses . ومثالها تقديم شهادات مزورة توهم بمتانة أو دقة البناء المراد بيعه أو بكثرة إيراده . وانتحال شخصية أو صفة رجل آخر [١] ، والظهور بمظهر اليسار للوصول إلى تسهيل ائتمانى ، إلى غير ذلك كله من أنواع الحيل التى لاتتناهى [٢]. وقد أشارت المادة ١/١٢٥ إلى الحيل ، باعتبارها قوام التدليس وأساسه . قائلة : « ١ — يجوز إبطال العقد للتدليس إذا كانت الحيل التى لجأ إليها أحد المتعاقدين ، أو نائب عنه من الجسامة بحيث لولاها لما أبرم الطرف الثانى العقد » .

ويراعى فى تقدير أثر الحيلة المكونة للتدليس معيار شخصى [٣] ، أى أننا نضع نصب أعيننا ذات الشخص الذى وجهت إليه الحيلة بقصد تضليله . فرد المسألة إلى رضائه ، هل تأثر بالحيلة أم لم يتأثر . فإن كان التغرير قد انطلى عليه ، اعتبر التدليس قائماً ، حتى لو كان من شأنه ألا ينطلى على غيره من الناس . ولكن ينبغى مع ذلك أن تصل الحيلة إلى حد معقول من الجسامة بالقدر الذى يمكن معه أن تعتبر حيلة. فنظام التدليس لا يحمى المفرطين

---

(١) انظر استئناف مختلط ١٩٣٥/١٢/٩ ب ٣٨ ص ٩٠ . وقد قضى هذا الحكم ، تأسيساً على التدليس ، بإبطال عقد تأمين تقدم فيه تخص للكشف الطبى مكان المؤمن له .

(٢) وإذا تطلبنا فى التدليس وجود طرق احتيالية ، فليس المقصود أن تصل تلك الطرق من الجسامة إلى الحد الذى تستلزمه جريمة النصب الجنائية . فهذه الجريمة تقوم بدورها على الطرق الاحتيالية . ولكن الطرق الاحتيالية التى تقتضيها تتسم بالجسامة إلى الحد الذى يدل على روح الإجرام فى مرتكبها وتفننه فى ابتزاز أموال الغير بدون وجه حق . فى حين أنه لا يتطلب فى الطرق الاحتيالية التى تكون التدليس أكثر من أن تفلح فى تضليل المتعاقد وإيهامه بالأمر المراد حمله على الاعتقاد به ، طالما أنها على قدر معقول من الجسامة ، على نحو ما بيناه فى المتن . وهكذا فالطرق الاحتيالية المكونة للتدليس المدنى أوسع نطاقاً من الطرق الاحتيالية المكونة لجريمة النصب الجنائية . فكل ما يعتبر مكوناً النصب يكفى ، من باب أولى ، لتكوين التدليس المدنى . ولكن العكس ليس صحيحاً . فيمكن لأمور معينة أن تعتبر كافية لقيام التدليس المدنى ، دون أن تصل من الجسامة إلى الحد الذى يتطلبه القانون لقيام جريمة النصب .

(٣) انظر فى ذلك : السنهورى، المرجع السابق ، نبذة ١٨١ — وانظر أيضاً De Page فى كتابه Traité de droit civil belge ، ج ١ نبذة ٥٠ .

فى البساطة والسذاجة . وإنما أمثال هؤلاء قد يمكن لهم أن يجدوا الحماية القانونية فى نظام الحجر للغفلة أو فى نظام استغلال الطيش البين .

ومعيار الحد المعقول من الجسامة الذى يلزم أن تتصف به الحيلة . حتى تصل إلى مرتبة التدليس . هو تجاوز الأمور العادية المألوفة فى التعامل . فإذا كانت الحيلة قد تجاوزت الأمور العادية المألوفة فى التعامل بين الناس أمكن لها أن تصل إلى مرتبة التدليس . وإلا فلا .

١٦٣ — هل يكفى الكذب أو الكتمان لقيام التدليس ؟ ثار التساؤل من قديم حول ما إذا كان مجرد الكذب يتدنى إلى مستوى التدليس من عدمه . والقاعدة أن الكذب العادى . أى المجرد من الظروف التى تقتضى بصفة خاصة من صاحبه تجنبه . لا يعتبر تدليساً يشوب الرضاء . فمن يروج لبضاعته . مثلا ، ملتجئاً فى ذلك إلى المبالغة فى امتداحها . لا يعتبر مدلساً[١] . إذ أن مثل هذا الكذب أصبح مألوفاً فى وقتنا هذا . بحيث يمكن اعتباره داخلا فى المعاملات العادية للناس . ويقع عبء التحرز منه على الغير . فهو بهذه المثابة لا يصل إلى حد أن يعتبر حيلة .

وإذا كان الكذب العادى البسيط . مجرد الكذب . لا يعتبر بحسب الأصل تدليساً . إلا أن هناك نوعاً من الكذب يتميز بدناءة أكبر وبخطورة أشد . وهو ذاك الذى يأتى بمخالفة واجب خاص متميز يملى على الشخص الإحجام عنه . غير مجرد الواجب الدينى أو الأخلاقى . فما يعتبر بمثابة الحيل المكونة للتدليس . الكذب فى الإدلاء بالمعلومات بوقائع التعاقد وملابساته ، أو السكوت عن ذكرها . إذا كان ذلك يتمثل إخلالا بواجب فى الصدق أو المصارحة يفرضه القانون أو الاتفاق أو طبيعة المعاملة أو الثقة الخاصة التى يكون من شأن ظروف الحال أن تجعل للمدلس عليه الحق فى أن يضعها فيمن غرر به .

---

(١) انظر : Trib. civ. Seine الفرنسية ١٩٥١/٣/٧ ، Gaz. Pal. ١٩٥١—١ — ١٦٣ .

فإذا كان الأصل فى الحيلة ، التى هى أساس التدليس : أن تقوم على أفعال مادية[1] ، فإنه يقع بمثابتها الكذب والكتمان ، كلما جاءا إخلالا بواجب خاص فى الصدق والمصارحة يفرضه القانون أو الاتفاق أو طبيعة المعاملة أو الثقة الخاصة التى يكون من شأن ظروف الحال أن تجعل للمدلس عليه الحق فى أن يضعها فيمن غشه وغرر به[2] .

وهكذا فالكذب فى حد ذاته ، ومجرداً عن أى اعتبار آخر ، لا ينهض دعامة كافية للتدليس المبطل للعقد . برغم ما فيه من قبح ، وبرغم أن ديننا وأخلاقياتنا تأباه وتمقته وتحرمه . فقد تفشى الكذب اليوم ، حتى وصل بنا إلى حد إلقاء الواجب علينا فى أن نتحرز نحن منه . فإن لم نفعل ، كنا مقصرين فى حق أنفسنا ، وما كان لنا أن نلجأ إلى القانون ليحمينا . إنما الكذب الذى يتدنى إلى مرتبة التدليس هو ذاك الذى يأتى بمخالفة واجب خاص يملى على الشخص الإحجام عنه ، غير مجرد الواجب الدينى أو الأخلاقى . وهــذا الواجب قد يأتى من القانون ، كما هو الشأن على الخصوص بالنسبة إلى عقد التأمين[3] حيث يلتزم المؤمن له بالإدلاء بكل الظروف المعلومة له والتى يهم المؤمن معرفتها فى سبيل تقدير المخاطر التى يأخذها على عاتقه ، وإلا وقع العقد قابلا للإبطال . وقد يأتى الواجب من الاتفاق . بل إنه قد يأتى من طبيعة المعاملة ذاتها التى يكون من شــأنها الالتزام الصارم بالصدق والمصارحة ، كما هو الشأن على الأخص فى تلك البيوع التى يركن المشترى فى خصوص تحديد الثمن فيها إلى ذمة البائع ، وهى تلك التى يطلق عليها فى الفقه الإسلامى « بيوع الأمانة » . وقد يأتى واجب الصدق والمصارحة فى النهاية ، من

---

(١) وهو ما يسمى فى الفقه الإسلامى بالتغرير الفعلى .

(٢) وهو ما يسمى فى الفقه الإسلامى بالتغرير القولى .

(٣) أنظر استئناف مختلط ٢٨/٥/١٩١٩ ب ٣١ ص ٣١٦ ، وقد أبطل هذا الحكم عقد تأمين ذكر فيه المؤمن له أنه مزارع حال انه بحار ، فأخفى بذلك على شركة التأمين المخاطر التى تعرضه لها مهنته . وانظر أيضاً استئناف مختلط ٢٦/٢/١٩٣٠ ب ٤٢ ص ٣٢٥ ، وقد قضى هذا الحكم بإبطال عقد تأمين ذكر فيه المؤمن له بيانات كاذبة عن تاريخ صنع السيارة المؤمن عليها .

الثقة التى يكون من شأن ظروف الحال ، وما ينبغى أن يقوم عليه التعاقد من اعتبارات حسن النية أن تجعل للمتعاقد المدلس عليه حقاً فى أن يضعها فيمن خدعه وغرر به [١]و[٢] .

وما قلناه بشأن الكذب ، يسرى على السكوت أو الكتمان . فالسكوت حيث يلزم الافصاح والبيان ، نوع من الكذب ، هو كذب سلبى . فليس الصدق أن تقول ما هو حق فحسب ، بل أن تقول أيضاً كل ما يجب عليك أن تفصح عنه . وهكذا فالسكوت العادى ، كالكذب العادى ، لا ينهض إلى مرتبة التدليس . إذ الأصل أن المتعاقد لا يجبر قانوناً على الإفصاح عن كل ما يتناوله التعاقد من شئون . وإلا وقع الناس فى العنت والحرج . أما السكوت حيث يلزم القانون أو الاتفاق أو طبيعة المعاملة أو حتى ظروف التعاقد ، وفقاً لمقتضيات حسن النية ونزاهة التعامل ، الإفصاح والبيان ، أى السكوت عن الأمور الجسيمة التى يعلق المتعاقد عليها أهمية فى ارتضائه العقد ، بحيث

(١) انظر فى هذا الإتجاه : De Page ، المرجع السابق نبذة ٥٠ — Beudant ج ٨ نبذة ١٣٨ — Demogue ج ١ نبذة ٣٥٨ — وأنظر كذلك نقض فرنسى ٢٣/٥/١٩٣٣ دالوز ١٩٣٣-١-١٤٣ .

(٢) ويدخل فى ظروف التعاقد التى تملى على المتعاقد واجب الإفصاح والبيان ، بحيث يتمثل سكوته تدليساً مخولا إبطال العقد ، يدخل فى تلك الظروف ما تعلق منها بالمتعاقدين نفسيهما . فكلما كانت الظروف تخول لأحد المتعاقدين ، وفقاً لنزاهة التعامل ومقتضيات حسن النية ، أن يضع ثقته فى المتعاقد الآخر بأن يكاشفه عن أمر من الأمور التى يعلق عليها أهمية فى إبرام العقد على النحو الذى أبرمه عليه ، فإن سكوت هذا الأخير عمداً عن مكاشفته به يتدنى إلى مرتبة التدليس ، وعلى الأخص إذا كان هو الذى استطاع أن يوحى إلى غريمه بأن يضع ثقته فيه . انظر فى هذا الخصوص : باريس ٢٢ يناير ١٩٥٣ ، Gaz. Pal ٥٣-١-١٣٧ . وتتلخص وقائع الدعوى التى صدر فيها هذا الحكم فى أن أحد كبار تجار الصور الفنية Tableaux باع لأحد الأشخاص ممن ليست لهم دراية فيها ، ثلاثة منها ، بثمن يزيد على قيمتها ، على نحو يتجاوز كثيراً الربح المعقول . بعد أن قدم له ما يدل على علو كعبه فى فن الصور ، وعلى أنه يعمل خبيراً فنياً فى مجالس لدى المحاكم وبأنه واسع الثراء ، الأمر الذى أدى بالمشترى إلى أن يثق فى أنه سوف يبيع له الصور بثمن عادل لا يغبنه فيه غبناً كبيراً . رفع المشترى دعوى بإبطال البيع ، استناداً إلى تدليس البائع ، وأجابته المحكمة إلى الإبطال ، استناداً إلى أن التاجر تركه ينخدع فى قيمة الصور ، بعد أن ركن إلى الثمن الذى طلبه منه ، حالة أنه قد أوحى إليه بوضع ثقته فيه ، على نحو جعله يعتقد أنه سوف لا يغبنه .

يثبت للقاضى[1] ، أنه ما كان يرتضيه لو علم بها ، فهو يصل إلى مرتبة التدليس الذى يشوب الرضاء ، ويجعل العقد قابلا للإبطال . بشرط أن يقع من صاحبه عن عمد .

ومثال السكوت الذى يعتبر تدليساً ، أن يكتم المؤمن له ، عن عمد وقصد ، على شركة التأمين مرضاً يتهدد حياته ، إن كان التأمين على الحياة . أو أن يكتم عنها وجود خطر يتهدد المال المؤمن عليه . كوجود مستودع سرى للمفرقعات بجواره ، إن كان التأمين على هذا المال .

ويلاحظ أن المشرع ، فى خصوص ما يتدنى إلى مرتبة التدليس المبطل للعقد من غير الأفعال المادية ، لم يعرض إلا للسكوت ، فلم يعرض للكذب . فقد جاءت المادة ٢/١٢٥ تقول : « ٢ — ويعتبر تدليساً السكوت عمداً عن واقعة أو ملابسة ، إذا ثبت أن المدلس عليه ما كان ليبرم العقد لو علم بتلك الواقعة أو هذه الملابسة » . ولكن يجب تعميم حكم هذه المادة على الكذب . فالسكوت هو نوع من الكذب ، فهو كذب سلبى . فليس الصدق أن تقول ما هو حق فحسب ، بل أن تقول كل ما هو حق . ثم إن الكذب حينما تملى علينا ظروف الحال تجنبه يتدنى فى حد ذاته إلى مرتبة الغش الذى هو قوام التدليس[2] .

١٦٤ — مباشرة الحيل بقصد تضليل المتعاقد والوصول به إلى ذلك :

يظهر مما سبق أنه يلزم ، لقيام التدليس ، أن تكون هناك طرق احتيالية . ومجرد وجود هذه الطرق الاحتيالية لا يكفى . وإنما يلزم أن تكون قد بوشرت على المتعاقد بقصد تضليلة[3] ، وأن تصل به إلى هذه النتيجة بالفعل .

---

(١) ولقاضى الموضوع سلطة تقدير ما إذا كانت الظروف التى اكتنفت السكوت تصل به إلى حد التدليس من غير تعقيب عليه فى ذلك من محكمة النقض . انظر نقض فرنسى إجتماعى ١٩٤٧/١٢/٣٠ سيرى ٤٩ — ١ — ٢٤ .

(٢) انظر فى إمكان اعتبار الكذب فى بعض الأحوال الخاصة تدليساً : السنهورى ، المرجع السابق نبذة ١٨١ — جمال زكى ، نبذة ٨٠ والمراجع التى يشير إليها .

(٣) انظر : نقض ١٩٧٦/١٢/٢١ طعن ٤٢/٦٢٠ق مجموعة أحكام النقض س ٢٧ ص ١٧٩١ رقم ٣٢٩ .

فإن لم يقصد بالطرق الاحتيالية التضليل ، أو قصد بها التضليل ، ولكن لم تنجح فى الوصول إليه ، فلا يعتبر التدليس قائماً [١] . ومثال الحالة الأولى

(١) انظر مع ذلك حكم محكمة استئناف Colmar الفرنسية الصادر بتاريخ ٣ يوليه ١٩٦٨ ومنشور فى دالوز ١٩٧٠ ص ٢٩٧ مع تعليق Alfandari . وتتلخص الوقائع التى صدر فيها هذا الحكم فى أن سيدة عقدت هبة لإبنتها وإبنها ، فطمعت الإبنة فى نصيب أخيها ، وأرادت أن تستأثر به لنفسها دونه ، وعاونها زوجها على ذلك ، فأخذا الأم فى دارهما ، وجعلاها ترجع فى هبتها لإبنها ، ثم تبيع نصيبه من الهبة لزوج ابنتها بثمن زهيد للغاية modique . رفعت الأم دعوى إبطال البيع الصادر لصهرها ، تأسيساً على أنها كانت ضحية التدليس . وأجابتها محكمة استئناف Clomar إلى طلبها . وقد جاء فى حكمها أن : « كل الأفعال غير الشريفة agissements malhonnêtes التى تستهدف مفاجأة شخص بقصد حمله على ارتضاء التزام ماكان ليقبله بغيرها يمكن أن تعتبر طرقاً تدليسية manoeuvres dolosives ، كما جاء فى هذا الحكم أيضاً أن : « مناط التدليس هو التنكر للشرف malhonnêteté الذى يوحى بوسائل الاحتيال ، وليس الانخداع tromperie الذى من شأن هذه الوسائل أن ترتبه » . وخلص الحكم إلى أنه : « لا يتحتم فى ضحية التدليس أن يكون قد انخدع . ففكرة التدليس تتجاوز الغلط والإكراه » . وهكذا نرى أن هذا الحكم لا يتطلب لقيام التدليس ، أن يكون المتعاقد قد انخدع بالفعل . بل هو لا يتطلب حتى مباشرة الطرق الاحتيالية . وإنما يكتفى بالأعمال التى تنم عن النذالة والتنكر للشرف malhonnêteté . ولا جدال فى أن المحكمة ، فى خصوصية الدعوى التى صدر فيها الحكم ، قد استهدفت غاية نبيلة فى ذاتها ، وهى إبطال البيع الصادر إلى زوج البنت . حتى ترجع إلى الأم النصيب الذى كانت من قبل قد وهبته إلى إبنها ، والذى ابتزه منها ابنتها وزوجها بدنائة ونذالة وخسة . ولكن الوسيلة التى سلكتها المحكمة فى الوصول إلى الإبطال لم تأت منها صائبة . فهى قد تنكرت لجوهر التدليس ذاته ، الذى يقوم على انخداع الضحية بالغش والحيلة . ومن أجل ذلك فقد انتقد هذا الحكم انتقاداً مراً من جانب بعض الفقهاء الفرنسيين . فقد انتقده Alfandari فى تعليقه الذى أشرنا إليه آنفاً . كما انتقده الفقيه الكبير Savatier فى تعليقه المنشور فى Rev. Trim. ص ٦٠١ . فقد انتقد هذان الفقيهان الحكم لتأسيس الإبطال على التدليس ، وإن كانا يباركان الإبطال ذاته ، ويشيران بأنه كان الأفضل تأسيسه على الإكراه الأدبى ، اعتباراً بما كان للبنت وزوجها من سطوة على الأم ، ولدت فى نفسها الرهبة التى جعلتها تبرم البيع . والحقيقة أنه ليس فى وقائع القضية السابقة لا تدليس ولا إكراه ، بالمدلول القانونى لهذين النظامين . ولكن أمام اعتبارات العدالة التى تملى هنا إبطال العقد ، لجأت المحكمة إلى التدليس ، ولجأ الفقيهان إلى الإكراه ، فى توسع من الجميع يتجاوز المدى والحدود . والصحيح أن إبطال العقد هنا يؤسس على الاستغلال . ولو أن وقائع القضية عرضت فى ظل القانون المدنى المصرى ، لكان من الممكن أن يؤسس الابطال على الاستغلال ، اعتباراً بأن البنت وزوجها استغلا فى الأم سطوتهما الأدبية عليها ، فضلا عن هواها الجامح لإرضائهما . أما فى فرنسا ، فلا زال القانون =

أن يتقدم شخص إلى آخر بشهادات كاذبة توحى بأن منزله يبلغ من القوة ودقة البناء حداً كبيراً ، غير مستهدف من وراء ذلك إلا مجرد التظاهر والتباهى ليس إلا ، وبعد مدة طويلة ، يكون خلالها قد نسى ما فعل ، يرتضى ذاك الشخص الآخر شراء المنزل ، متأثراً بتلك الشهادة [١] . ومثال ذلك أيضاً أن تعلن شركة عن بيع عقـــار ذاكرة ايراداً له يزيد قليلا عن إيراده الحقيقى [٢] . أما الحالة الثانية ، فمثالها أن تباشر الطرق الاحتيالية على شخص معين ، بقصد إيهامه بأمر ما ، ولكنه مع ذلك لا ينخدع بها .

نخلص من كل ما سبق أنه يلزم ، لقيام التدليس ، أن تستعمل ، فى مواجهة المتعاقد ، طرق احتيالية [٣] أو حيل ، بقصد تضليله ، وأن تصل

= لا يعترف بالاستغلال كعيب يشوب الرضاء . ويجوز كذلك ، سواء فى فرنسا أو فى مصر ، تأسيس إزالة البيع على المسئولية التقصيرية ، اعتباراً بأن الأفعال التى صدرت من البنت وزوجها نحو الأم ، والتى قوامها التنكر للشرف ، تقع منهما عملا خاطئاً يستوجب تعويض الضرر الناشىء عنها ، إعمالا للمسئولية التقصيرية ، وأن خير تعويض هنا هو اعتبار البيع الذى استهدفته هذه الأفعال كأن لم يكن . انظر عكس ما ذهبنا إليه بصدد نقد الحكم التعليق المنشور فى مجلة Rev,. Trim. de dr. Civil ١٩٧٠ ص ٧٥٥ .

(١) فنى مثل هذه الحالة ، لا يستطيع المشترى أن يطلب إبطال البيع على أساس التدليس . إذ أن البائع لم يقصد بالحيلة التى اتبعها تضليله التضليل الذى يحمله على التعاقد . ولكن يسوغ له أن يتمسك بابطال البيع على أساس الغلط ، إذا توافرت شروط إعماله .

(٢) راجع نقض ١٩٧٦/١٢/٢١ السابقة الإشارة إليه .

(٣) ويلاحظ أن بعض أحكام القضاء الفرنسى تتوسع إلى حد بالغ فى الطرق الاحتيالية أو الحيل المكونة للتدليس . فقد قضى بأنه يدخل فى هذه الحيل استغلال أحد العاقدين الضعف العقلى فى المتعاقد الآخر (انظر نقض – عرائض – ٣ مايو ١٨٩٩ ، دالوز ١٩٠٠ – ١ – ٦١) أو عدم خبرته (باريس ١٩٥٣/١/٢٢ ، J.C.P. ١٩٥٣ – ٢ – ٧٤٣٥ ، ومنشور أيضاً فى .Caz. Pal ١٩٥٣ – ١ – ١٣٧) ، أو وجه الضعف فيه كيله إلى السكر . والحقيقة أن هذه الأمور كلها لا تعتبر طرقاً احتيالية مما يلزم لقيام التدليس . ولكن المحاكم الفرنسية رأت فيها ذلك متأثرة بظروف الدعوى التى تقتضى إبطال العقد عدالة . وقد أغنانا القانون المصرى عن هذا النوع من الاجتهاد القضائى الذى لا يتفق مع حقيقة حكم القانون ، وذلك عن طريق الأخذ بعيب جديد من عيوب الرضاء لا يقول به القانون الفرنسى ، ألا وهو الاستغلال . إذ يمكن للاستغلال أن يصل بنا إلى إبطال العقد فى الأحوال التى ذكرناها .

إلى تضليله بالفعل . واستعمال الطرق الاحتيالية يعتبر العنصر المادى فى التدليس . أما قصد التضليل ، فهو عنصره المعنوى .

وقيام التدليس بعنصريه المادى والمعنوى مسألة واقع تخضع فى تقديرها لقاضى الموضوع ، الذى له أن يقدر ما إذا كان التدليس متوافراً من عدمه ، دون أن يخضع فى تقديره لتعقيب محكمة النقض ، ما دام حكمه قد قام على أسباب سائغة تبرره[١] .

١٦٥ — الشرط الثانى — وقوع التدليس من المتعاقد الآخر أو علمه به :

لا يكفى ، بحسب الأصل ، لاعتبار رضاء المتعاقد مشوباً بالتدليس ، أن توجه إليه طرق احتيالية تصل إلى تضليله . وإنما يلزم أن تكون هذه الطرق الاحتيالية موجهة إليه من المتعاقد الآخر أو من نائبه ، أو أن يكون هذا المتعاقد الآخر ، عند إبرام العقد ، عالماً بتلك الحيل ، أو مفروضاً فيه حتما أن يعلم بها . وفى ذلك تقضى المادة ١٢٦ بأنه : « إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين ، فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ، مالم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس » .

فالمادة ١٢٦ تملى شرطاً ثانياً أساسيا لإعمال التدليس ، يتمثل فى وجوب أن يكون التدليس الموجه إلى المتعاقد ، والذى دفعه بالفعل إلى التعاقد ، متصلا بالمتعاقد الآخر . وهو يعتبر كذلك بادىء ذى بدء إذا كان هذا المتعاقد الآخر هو الذى لجأ بذات نفسه إلى الحيلة ، أو لجأ إليها نائبه (المادة ١/١٢٥) .

وتقتضى منا روح نظام التدليس أن نتوسع فى تفسير المقصود بكلمة « نائب » فى قول المادة ١/١٢٥ بقيام التدليس إذا وقعت الحيلة من المتعاقد

---

(١) انظر نقض ١٩٧٣/٣/١٣ طعن٣٩/٣٨ق مجموعة أحكام النقض س ٢٤ ص ٣٩٦ رقم ٧٠ — نقض ١٩٥٥/١٢/١٥ مجموعة النقض س ٦ ص ١٥٨٢ رقم ٢١٨ — نقض ١٩٦٤/٢/٢٠ طعن ٢٩/٣٠١ق مجموعة النقض س ١٥ ص ٢٦٣ رقم ٤٦ . وانظر أيضاً تمييز الكويت ١٩٧٧/٢/١٤ ، طعن رقم ٩٧٥/١٠ مدنى ، المحامى س ٢ ع ٦ و ٧ ص ٤٦ .

الآخر أو من « نائبه » . فليس يلزم هنا التقيد بالمدلول القانونى الصارم لاصطلاح « النائب » . كما هو الشأن بالنسبة إلى الولى والوصى والوكيل والحارس القضائى والسنديك . وإنما ينبغى التوسعة فى هذا المدلول ليشمل كل من يعمل لصالح المتعاقد الآخر بتكليف منه . كالسمسار الذى يكلفه بالعمل على إجراء الصفقة ، وكتابعه الذى يعمل لحسابه . ولاصعوبة بالنسبة إلى السمسار المكلف . فما دام العاقد قد لجأ إليه وكلفه بإبرام الصفقة ، فإنه يتحمل نتيجة ما يلجأ إليه من الغش والخديعة بالنسبة إلى ابطال العقد ، اعتباراً بأنه فى حكم نائبه . أما بالنسبة إلى التابع . فالأمر أكثر سهولة ، لأن المتبوع ، ان لم يسأل عن تدليس تابعه باعتباره فى حكم نائبه إعمالا للمادة ١٢٥/١ ، فإنه يمكن مساءلته عنه وإبطال العقد بسببه . تأسيساً على مسئولية المتبوع التقصيرية عن فعل تابعه (المادة ١٧٤) . اعتباراً بأن الإبطال هنا يتمثل تعويضاً عينيا مناسباً عن الضرر الذى يلحق العاقد المدلَّس عليه .

وهكذا يعتبر التدليس متصلا بالمتعاقد الآخر الذى يُتمسك ضده بإبطال العقد . فى الحالة التى تصدر فيها الحيل منه أو من نائبه . بالمعنى الواسع لكلمة نائب .

أما إذا وقع التدليس من الغير ، فلا يعتبر متصلا بالمتعاقد الآخر ، وبالتالى مخولا طلب الإبطال . إلا إذا كان هذا قد علم . عند إبرام العقد ، بصدوره . أو كان فى استطاعته حينئذ أن يعلم به . لو أنه بذل من الحرص ما يبذله الشخص العادى ، لو كان فى مكانه .

وعبء إثبات حصول التدليس من المتعاقد الآخر أو من نائبه أو علمه به إذا كان واقعاً من الغير يقع على عاتق المتعاقد المدلَّس عليه والذى يتمسك بإبطال العقد . فالبينة على من ادعى .

والغاية التى يتوخاها المشرع من تطلب أن يكون التدليس متصلا بالمتعاقد الآخر ، على نحو ما بينا . هى العمل على تقرير الأمن والاستقرار للتعامل ، عن طريق عدم تعريض هذا المتعاقد الآخر للإبطال تأسيساً على التدليس ، إلا إذا أمكن أن يعزى إليه مايبرر تحمله نتيجته .

فالتدليس الواقع على أحد المتعاقدين من الغير ، حالة كون المتعاقد الآخر لم يعلم به، ولم يكن فى استطاعته أن يعلم به، أو لم يكن من المفروض حتما أن يعلم به، كما تقول المادة ١٢٦ ؛ ذلك التدليس يقع ، فى حدود اعتباره تدليساً ، غير مؤثر فى العقد، ولا يخول ضحيته طلب إبطاله ، حتى ولو كان فى واقع الأمر قد ضلل به وانخدع [1] . بيد أنه إذا تعذر هنا على من ضلل وخدع أن يتمسك بالتدليس ، فإنه يجوز له ، بطبيعة الحال ، أن يتمسك بالغلط ، إذا توافرت فيه شروطه ، كما أنه يجوز له أن يرجع بالتعويض على من دلس عليه ، تأسيساً على المسئولية التقصيرية ، اعتباراً بأن التجاء هذا الأخير إلى الطرق الاحتيالية بقصد تغريره وخديعته وحمله بذلك على التعاقد ، يتمثل منه أمراً خاطئاً قد أحدث له الضرر .

١٦٦ — مدى استثناء التبرعات من شرط اتصال التدليس بالمتعاقد الآخر :

رأينا أنه يلزم ، لإعمال التدليس كعيب يشوب الرضاء ، ويؤدى بالتالى إلى وقع العقد قابلا للإبطال ، أن يكون متصلا بالمتعاقد الآخر ، بأن يصدر منه بذات نفسه ، أو من نائبه ، أو أن يكون عالماً بالتدليس عند إبرام العقد ، أو مفروضاً فيه حتماً العلم به عندئذ ، إذا كان التدليس من الغير .

ولكن هل يعتبر لزوم وقوع التدليس من المتعاقد الآخر أو علمه به ، فى الحدود التى بيناها ، شرطاً عام التطبيق ، بمعنى أن يتوجب إعماله بالنسبة إلى كل التصرفات، حتى ما قام منها على أساس التبرع ، أم أنه يمكن أن يستثنى من إعماله هذا النوع الأخير من التصرفات ؟

(١) ويلاحظ أن استلزام حصول التدليس من المتعاقد الآخر أو من نائبه أو علمه به لا يتسق مع مبدأ سلطان الإرادة فى حد ذاته . فؤدى هذا المبدأ وجوب أن نعطى للشخص الفرصة فى أن يتحلل من العقد ، كلما كان رضاؤه به غير سليم . ولا شك أن رضاء المدلس عليه يقع فاسداً إذا جاء نتيجة التضليل ، سواء أكان المدلس هو المتعاقد الآخر أم أجنبياً ، وسواء أكان المتعاقد الآخر يعلم بالتدليس أو يجهله . ولكن المشرع لاحظ ، من ناحية أخرى ، أنه إذا بقى المتعاقد الآخر أجنبياً عن التدليس ، لم يلجأ إليه ولم يكن يعرفه وما كان فى مكنته أن يعرفه ، فإنه يكون جديراً بالرعاية وعدم تضحية مصلحته فى سبيل مصلحة المدلس عليه . وحسب هذا الأخير أن يرجع بالتعويض المناسب فى مواجهة الأجنبى الذى دلس عليه ، إذ أن التدليس يعتبر من هذا الأجنبى عملا غير مشروع ، من شأنه أن يشغل مسئوليته التقصيرية .

إن صياغة المادتين ١٢٥ / ١ و١٢٦ توحي لنا بالقول بعمومية الشرط الذى نحن بصدده ، والقول بوجوب تطلبه ، حتى لو كان التصرف المطعون فيه بالتدليس تبرعياً . فقد جاءت المادتان السابقتان تتطلبان صدور التدليس من المتعاقد الآخر أو علمه به على نحو مطلق غير مقيد بنوع أو بآخر من التصرفات .

ومع ذلك فنحن أميل إلى القول بقصر إعمال شرطنا على المعاوضات وحدها دون التبرعات . ذلك لأن الغاية التى يستهدفها المشرع من فرضه ، بمخالفة القاعدة الأساسية التى توجب أن تكون الإرادة سليمة خالية من العيوب ، هى إحاطة التصرف بالأمن والاستقرار وعدم تضحية مصلحة المتعاقد الآخر الذى يعمل التدليس إضراراً به ، إلا إذا كان يستحق أن يُضحى بمصلحته . وهذه الحكمة لا تتوافر إلا فى المعاوضات ، دون التبرعات . ففى المعاوضات يعطى العاقد مقابل ما يأخذ ولا يحصل عليه بالمجان . الأمر الذى يستوجب التحرز عند تقرير إبطال عقده تأسيساً على التدليس أو على غيره من كافة عيوب الرضاء . والأمر فى التبرعات جد مختلف . ففى التبرع ، كالهبة مثلا . لا يعطى المتبرع له مقابل ما يأخذ . فكل أثر الإبطال بالنسبة إليه هو حرمانه من فائدة محضة لا يدفع عنها ثمناً ، وبعبارة أخرى حرمانه من غنم لا يتحمل فى سبيله غرماً . وهكذا فإذا نظرنا إلى الأمر من زاوية المتبرع له ، وجدنا أن الغاية التى يتوخاها المشرع بتقييد الإبطال المؤسس على التدليس وعلى غيره من عيوب الرضاء الأخرى ، لا تتوافر . ويتدعم هذا النظر أكثر وأكثر إذا نظرنا إلى الأمر من زاوية المتبرع الذى يقع ضحية التدليس . فالمتبرع يعطى ، ولا يأخذ مقابل ما يعطى . فهو بتبرعه متفضل . وهذا ينبغى أن تكون إرادته سليمة لا تشوبها شائبة ، بغض النظر عن دور المتعاقد الآخر فيما عساه أن يؤدى إلى فسادها .

هكذا نصل إلى أنه تمشياً مع مقتضى الغاية التى يتوخاها المشرع بفرضه فى المادتين ١٢٥ / ١ و١٢٦ ، شرط صدور التدليس من المتعاقد الآخر أو علمه به ، يتعين قصر إعمال هذا الشرط على المعاوضات وحدها دون

التبرعات . ومما يؤيد هذا النظر أن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى جاءت تصرح به [١] ، كما أن له صدى قوياً فى الفكر القانونى الفرنسى فقهاً وقضاء [٢] . وقد نص عليه القانون المدنى الكويتى على نحو قاطع (المادة ١٥٤) [٣] .

١٦٧ — الشرط الثالث — يلزم أن يكون التدليس هو الدافع إلى التعاقد :

الشرط الثالث والأخير لإعمال التدليس . باعتباره عيباً يشوب الرضاء ، ويؤدى بالتالى إلى قابلية العقد للإبطال ، هو أن يكون دافعاً إلى التعاقد ، بمعنى أن يثبت للقاضى أن المتعاقد الذى وقع ضحية التضليل والخداع ما كان ليبرم العقد . على نحو ما أبرمه عليه ، لولا تلك الحيل التى أوصلته إلى أن ينخدع .

فإذا ثبت أن التدليس لم يكن هو الدافع إلى التعاقد ، بأن لم تبلغ الحيل المستعملة فيه إلى حد تضليل المتعاقد . أو وصلت إلى ذلك الحد ، ولكن الطرف المضلل كان ليرتضى العقد ، وبنفس الشروط التى قام عليها ، حتى لو لم يضلل ؛ فى مثل هذه الحالة . لايكون للتدليس أثر على صحة العقد .

(١) جاءت المذكرة الإيضاحية للمادة ١٧٤ من المشروع التمهيدى ، التى أصبحت بعد تعديلها المادة ١٢٦ من القانون ، جاءت هذه المذكرة ، ، بعد أن أوردت المبدأ العام القاضى بعدم إعمال التدليس إلا إذا كان صادراً من المتعاقد الآخر أو كان هذا عالماً به ، تقول : « يختلف عن ذلك حكم التبرعات ، فهى تعتبر قابلة للإبطال ، ولو كان من صدر له التبرع لا يعلم بتدليس الغير . ولم يكن يستطيع أن يعلم به . لأن نية التبرع يجب أن تكون خالصة من شوائب العيب » .

(٢) يلاحظ أن الفكر القانونى فى فرنسا يسير على استثناء التبرعات من شرط صدور التدليس من المتعاقد الآخر ، برغم عدم وجود نص يقرره . ويستند هذا الرأى الذى يقول به الفقه والقضاء على سواء ، إلى وجوب أن تكون نية التبرع سليمة خالصة من الشوائب ،فضلا عن استناده إلى فكرة أن درء المغارم مقدم على جلب المغانم . انظر فى هذا الاتجاه : Mazeaud المرجع السابق نبذة ١٩٢ – Marty et Raynaud المرجع السابق نبذة ١٣٦ – Lossouran فى تعليقه على حكم Colmar ٣٠/١/١٩٧٠ ، Sem. Sur. ١٩٧١/٢/١٦٦٠ . وانظر السنهورى ، الوسيط ج ١ نبذة ١٨٣ . وانظر نقض مدنى فرنسى ١٨/٥/١٨٢٥ . وانظر كذلك Pau الفرنسية ١٧/١٢/١٩٥٣ Gaz. pal. ١٩٥٤ – ٨٦ .

(٣) تنص المادة ١٥٤ مدنى كويتى على أنه : « ... يجوز ، فى عقود التبرع ، طلب إبطال العقد ، إذا جاء الرضاء نتيجة التدليس ، دون اعتبار لمن صدرت الحيل عنه .

ويلاحظ أن ثمة رأياً كان سائداً فى الفقه قديماً يفرق ، بصدد التدليس ، بين ذاك الذى يدفع ضحيته إلى ارتضاء التعاقد ذاته ، ويطلق عليه التدليس الدافع dol déterminant أو التدليس الأصلى principal ، وذاك الذى يؤدى بضحيته ، لا إلى قبول مبدأ التعاقد ذاته ، ولكن إلى مجرد ارتضاء شروط أشد وقراً من تلك التى كان ليقبلها لولاه . ويطلق عليه التدليس غير الدافع أو التدليس العارض dol incident ، ويجعل من الأول وحده عيباً يشوب الرضاء ويخول بالتالى طلب إبطال العقد، فى حين أنه يقصر أثر الثانى على مجرد التعويض ، اعتباراً بأنه لا يعيب الرضاء بالعقد . ولكنه يقع عملا غير مشروع يخول التعويض عن الضرر الناجم عنه فحسب . ومثال هذه الحالة الأخيرة ، أن يتفق شخصان على بيع منزل معين ، من حيث المبدأ ، ثم يلجأ البائع ، فى سبيل حمل المشترى على ارتضاء ثمن أكبر ، إلى حيل توهمه بكبر ريعه ، كما إذا أبرز له عقود إيجار صورية تدل على ارتفاع الإيراد الذى يغله . فى هذه الحالة ، يقول الرأى الذى كان سائداً فى الفقه قديماً أن التدليس لا يؤدى إلى إبطال البيع . اعتباراً بأنه لم يدفع المشترى إلى ارتضائه فى ذاته ، وإنما دفعه إلى ارتضاء ثمن أكبر فحسب . ولكنه يعتبر عملا غير مشروع . يخول التعويض عن الضرر عنه ، إعمالا للمسئولية التقصيرية . ويتمثل هذا التعويض فى الفرق بين الثمن الذى التزم به المشترى نتيجة التدليس ، وبين المبلغ الذى كان ليرتضيه لو لم يقع فيه[1] .

---

(١) انظر ممن يقولون بهذا الرأى : Aubri et Rau ، ج ٦ نبذة ٣٤٣ مكرر وهامش ٢١ و ٢٢ — Beudant ج ٨ نبذة ١٤٢ — Demogue ج ١ نبذة ٣٧٧ . وانظر من أحكام القضاء المصرى : استئناف مختلط ٣٠ مارس ١٩٣٥ ، Bul ٤٧ ص ١١٣ .

وقد جاء فى المشروع التمهيدى نص يأخذ بهذا الرأى ، وهو نص المادة ١٧٥ منه ، الذى جاء يقول : « التدليس الذى يجعل العقد أثقل عبئاً ، دون أن يكون هو الدافع إلى التعاقد ، لا يعطى المدلس عليه إلا الحق فى مطالبة المدلس بالتعويض » . وعلقت المذكرة التفسيرية للمشروع التمهيدى على هذا النص قائلة : « إذا لم يكن من أثر التدليس دفع من دلس عليه إلى التعاقد ، وإنما اقتصر أمره على استدراجه إلى قبول شروط أشد وقراً مما كان يقبله لو تبين حقيقة الواقع . فلا يعتبر عيباً من عيوب الرضاء ، بل يعتبر تقصيراً أو خطأ من جانب المدلس ، تترتب عليه مسئوليته ويعطى الحق فى طلب التعويض ، سواء أوقع التدليس من أحد العاقدين أم من أجنبى عن =

والرأى الذى يفرق بين التدليس الذى يدفع المتعاقد إلى قبول التعاقد فى ذاته وذاك الذى يقتصر أثره على دفع المتعاقد إلى قبول شروط فى التعاقد أبهظ وأشد مما كان يرتضيه لو لم يضلل ؛ هذا الرأى منتقد فى الفقه الحديث . والنقد فى رأينا على حق . ذلك لأن الصفقة كل لايتجزأ . وإرادة المتعاقد بدورها لا تتجزأ . فالمتعاقد بارتضائه العقد، يقبله بالشروط الذى يتم هذا العقد عليها . فإذا جاء قبوله تلك الشروط نتيجة الخداع ، والتضليل ، فإرادته كلها قد تعيبت . ولا يسوغ هنا تجزئة الإرادة بمقولة إن الجزء الأساسى منها ، وهو ذاك المنصب على قبول التعاقد ذاته ، قد جاء صحيحاً ، وأن العيب لم يلحق إلا الجزء الباقى المتعلق بشروط العقد . وعلى هذا فلا معنى إطلاقاً للقول بأن مايطلق عليه التدليس العارض بالمفهوم الذى ذكرناه ، لايعيب الرضاء ، ولايخول بالتالى الحق فى طلب الإبطال . وهذا هو الرأى الذى أصبح يسود فعلا الآن فى الفقه الفرنسى (١) ، ويقول به بعض الفقهاء فى مصر (٢) . كما أن محكمة النقض الفرنسية قد أيدته (٣) .

على أنه يلاحظ أنه فيما أطلق عليه التدليس العارض يكون للمدلس عليه ، إن شاء ، أنه يحجم عن التمسك بإبطال العقد ، ويرجع على من دلس عليه بالمسئولية التقصيرية ، تأسيساً على أنه قد أخطأ حيث لجأ بالحيلة إلى خديعته .

= العقد » . ولم يأت هذا النص فى القانون المدنى ، فقد حذفته لجنة المراجعة ، اعتباراً منها بأنه يقرر حكماً « تكفى فيه قواعد المسئولية » . (راجع مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى ، ج ٢ ص ١٧٥) .

(١) انظر من الفقهاء الفرنسيين الذين يقولون بهذا الرأى :Marty et Raynaud ، الالتزامات نبذة ١٣٨ — Mazeaud ج ٢ نبذة ٢٠٣ — Planiol Pipert et Boulanger ج ٢ نبذة ١٨٥ — Planiol, Ripert et Esmein ج ٦ نبذة ٢٠٧ — End. Daloz de droit civil ، رقم ٢٤ — De Page ، المرجع السابق ، نبذة ٥١ .

(٢) انظر من الفقهاء المصريين الذين ينبذون التفرقة بين ما يسمى بالتدليس الأصلى والتدليس العارض : السنهورى، المرجع السابق نبذة ١٦٤ — وانظر فى عكس هذا الاتجاه : أنور سلطان، المرجع السابق نبذة ١٣٢ — حشمت أبو ستيت ، المرجع السابق نبذة ١٧٥ — عبد المنعم الصده ، المرجع السابق نبذة ١٧٠ .

(٣) انظر : نقض فرنسى مدنى ٢٢ ديسمبر ١٩٥٤ ، دالوز ١٩٥ ص ٢٥٤ .

وبهذا يستطيع الوصول إلى رفع ماجاء نتيجة التدليس من إجحاف فى شروط العقد ، مع إبقائه هو فى ذاته قائماً ، اعتباراً بأن ذلك يجبر له الضرر الذى سببه التدليس [1] . وبهذه المثابة يرى الشخص الذى يقع ضحية لما يسمى بالتدليس العارض نفسه بين خيارين . له أن يسلك أيهما يراه له أنفع : فإما أن يتمسك بإبطال العقد تأسيساً على التدليس ، وإما أن يبقى عليه ، مع وصوله إلى رفع ماجاء نتيجة التدليس من إجحاف عليه فى شروط العقد ، تأسيساً على المسئولية التقصيرية .

نخلص مما سبق أنه يلزم لإعمال التدليس ، باعتباره عيباً يشوب الرضاء من شأنه أن يؤدى إلى وقوع العقد قابلا للإبطال ، أن يكون هو الدافع إلى التعاقد . وسواء فى ذلك أن يكون هو الذى دفع ضحيته إلى ارتضاء العقد ذاته . أم أن أثره عليه اقتصر على جعله يرتضى العقد بشروط أقسى وأشد مما كان يقبله عليها لولاه .

وعبء إثبات كون التدليس هو الدافع إلى التعاقد يقع بالضرورة على عاتق ضحيته ، شأنه فى ذلك شأن باقى شروط التدليس . والمسألة من بعد مسألة واقع ، تدخل فى رحاب السلطة التقديرية لقاضى الموضوع ، الذى يترخص له أن يقضى فيها بدون معقب عليه من محكمة النقض ، طالما جاء قضاؤه على أسباب سائغة من شأنها أن تحمله [2] .

١٦٨ — أثر التدليس :

إذا توافرت فى التدليس الشروط التى بيناها ، أنتج أثره . ويتركز هذا الأثر فى جعل العقد الذى يقوم على أساسه قابلا للإبطال لمصلحة المدلس عليه . على النحو الذى سنبينه فيما بعد ، عند الكلام فى نظرية البطلان

وإذا كان التدليس يشوب الرضاء ويجعل العقد قابلا للإبطال ، فإن ذلك لايمنع من أنه يعتبر فى ذاته عملا غير مشروع ممن وقع منه ، ومخولا

(١) راجع Mazeaud ، المرجع السابق نبذة ١٩٧ .

(٢) انظر فى ذلك تمييز الكويت الصادر فى الطعن رقم ٥١/١٩٧٤ تجارى .

ضحيته ، على هذا الأساس : الحق فى تعويض الضرر الناجم له عنه ، إن كان لهذا التعويض محل [١] .

١٦٩ — هل يغنى نظام الغلط عن التدليس :

رأينا أن التدليس . إذ يؤدى إلى تضليل المتعاقد وإيهامه بأمر يخالف الواقع . ويجره بذلك إلى التعاقد ، فإنه يؤدى بضحيته إلى إيقاعه فى الغلط . كل ما فى الأمر أن الغلط الناجم عن التدليس هو غلط مدبّر قصد المدلس إيقاع المتعاقد فيه ، وأفلح فعلا فى جره إليه : بالحيلة والخديعة والتضليل ، فى حين أن الغلط العادى يتولد فى ذهن المتعاقد تلقائياً ، من غير أن يدفع إليه ، أو فى الأقل من غير أن يدفع إليه بالحيلة والخداع والغش [٢] .

ولقد كان للتدليس أهمية قصوى فى الفكر القانونى . عندما كانت تسوده النظرية التقليدية فى الغلط الموروثة عن الأقدمين ، بل إنه لا زالت له هذه الأهمية فى ظل القوانين التى بقيت متأثرة بهذه النظرية ، كما هو الشأن فى القانون الفرنسى . *فالغلط العادى ، وفقاً للنظرية التقليدية العتيقة . لا يعيب الرضاء ويؤدى إلى إبطال العقد فى كل الأحوال . حتى لو كان هو الدافع* إلى التعاقد . فهو لا يعيبه إذا انصب على القيمة أو على الباعث الشخصى [٣] . ولكن التدليس . يعيب الرضاء . كلما كان هو الدافع إلى التعاقد . دون اعتداد بالأمر الذى ينصب عليه الغلط الناجم عنه . وهكذا يصلح التدليس

---

(١) وإذا كان التدليس يتمثل ، من ناحية أولى ، عيباً يشوب الرضاء ، ويعتبر ، من ناحية ثانية ، عملا غير مشروع ، فإنه يكون لضحيته الخيار بأن يتمسك بالاعتبار الأول فيطلب إبطال العقد ، أو أن يتمسك بالاعتبار الثانى فيبقى على العقد ، مقتصراً على طلب التعويض عن الضرر الذى ناله ، إعمالا للمسئولية التقصيرية (انظر فى ذلك على وجه الخصوص : **Marty et Raynaud** المرجع السابق نبذة ١٣٨ — **Mazeaud** ، المرجع السابق نبذة ١٩٧) . بل إنه إذا وقع اختيار ضحية التدليس على الأمر الأول ، وطلب إبطال العقد ، وكان من شأن هذا الإبطال . إذا ما قضى له به ، ألا يرفع عنه كل الضرر ، وإنما بقى له ضرر ناجم عن تفويت الصفقة عليه ، فإنه يكون له الحق فى التعويض عن هذا الضرر . وهذا الحكم يتمثل تطبيقاً لنظرية الخطأ عند تكوين العقد .

(٢) راجع ما سبق ، نبذة ١٦٠ .

(٣) راجع ما سبق ، نبذة ١٤٧ .

أساساً لإبطال العقد ، فى حالات يقصر الغلط العادى ، على نحو ماتقول به النظرية التقليدية ، عن أن يتناولها . وهذا هو السبب الرئيسى الذى أدى فى الأصل إلى وجود التدليس جنباً إلى جنب مع الغلط .

أما وفقاً للنظرية الحديثة التى تسود فى الفكر القانونى المعاصر ، والتى تبناها قانوننا المدنى . فقد أطلقت فكرة الغلط من عقالها ، ولم يعد إعمالها حبيس دائرة محدودة ، كما كان الحال فى الماضى . وأمكن للغلط أن يعيب الرضاء ، كلما كان هو الدافع إلى التعاقد ، بغض النظر عن ذاتية الأمر الذى ينصب عليه[1] .

وقد كان من شأن هذا التحول فى فكرة الغلط أن أخذ ، فى وقتنا الحاضر ، سؤال يطرح نفسه فى إلحاح على الفكر القانونى عامة ، وعلى العمل التشريعى خاصة ، فهل ظلت لنظام التدليس أهمية خاصة بحيث تبرر الإبقاء عليه إلى جانب الغلط . أم أنه أصبح يكوّن مجرد ازدواجية مع الغلط ، بحيث يمكن أن يستغنى بهذا عنه ؟

وأمام هذا التساؤل الهام ، انشطر الفكر القانونى شطرين : ففريق يرى أن الغلط ، وقد أصبح عيباً منطلقاً من شأنه أن يؤدى إلى إبطال العقد فى كل الحالات التى يكون فيها هو الدافع إلى التعاقد ، فإنه لم تعد ثمة ضرورة لبقاء التدليس إلى جانبه ، وأنه من الممكن أن يجتزأ به عنه[2] . وقد تجاوبت بالفعل بعض التقنينات مع هذه الفكرة ، حيث أغفلت التدليس كعيب مستقل من عيوب الرضا[3] .

وفريق آخر ، وإن سلم بأن الغلط أصبح من شأنه أن يغطى كل الحالات التى يمكن للتدليس أن يؤدى فيها إلى إبطال العقد ، إلا أنه يقول مع ذلك بفائدة وجود التدليس كنظام مستقل ، متذرعاً بسهولة إثبات التدليس من وجه

---

(١) راجع ما سبق ، نبذة ١٤٨ و ١٥١ .

(٢) انظر فى هذا الإتجاه Planiol et Ripert ج ٢ نبذة ١٠٦٦ Demogue نبذة ٣٦٤ — السنهورى ج ١ نبذة ١٨٥ .

(٣) وهذا هو الشأن على وجه الخصوص فى القانون البرتغالى (المادة ٦٥٧ و ٦٦٣) .

وبأن التدليس ، من وجه آخر ، يتمثل عملا خاطئاً يمكن له أن ينهض دعامة لقيام المسئولية التقصيرية ، إلى جانب كونه عيباً يشوب الرضاء [1] ، ويجعل العقد بالتالى قابلا للإبطال .

والواقع أن كون التدليس أسهل فى الإثبات ، أو أنه ينهض دعامة لقيام المسئولية التقصيرية ، لايصلحان سببين كافيين لتبرير وجود نظام التدليس كعيب مستقل يشوب الرضاء . فليس يوجد ثمة ما يمنع من أن يكون من شأن النظام الواحد أن يكون إثباته أسهل فى حالة من حالات إعماله منه فى حالة أخرى . ثم إن إمكان قيام التدليس دعامة للمسئولية التقصيرية ، لا يمت بصلة إلى كونه عيباً يشوب الرضاء . فرد ذلك إلى اعتبار آخر ، وهو كون التدليس يقوم على خطأ من صاحبه ، شأن التدليس فى ذلك شأن الإكراه .

والحقيقة إنه لم تعد فى ظل قانوننا الحالى ، ثمة فائدة تذكر من الإبقاء على نظام التدليس ، باعتباره عيباً يشوب الرضاء . ففى إعمال نظام الغلط مايغنى عنه . فقد رأينا ، من ناحية أولى ، أن الغلط يفسد الرضاء ، كلما كان جوهرياً ، أى دافعاً إلى التعاقد ، ومتصلا بالمتعاقد الآخر ، بأن كان هذا قد وقع بدوره فيه ، أو كان يعلم بوقوع غريمه فيه ، أو كان من السهل عليه أن يتبين عنه ذلك . ورأينا ، من ناحية ثانية ، أن التدليس يعيب الرضاء بدوره ، كلما كان دافعاً إلى التعاقد ، حاصلا من الطرف الآخر ، أو كان هذا عالماً به ، أو كان هذا العلم مفروضاً فيه . وهكذا ففى كل حالة يقع فيها التدليس مؤثراً فى العقد ، نجد أنفسنا أنه أدى إلى وقوع المتعاقد فى غلط جوهرى ، حالة كون المتعاقد الآخر يعلم بوقوعه فيه ، أو كان من السهل عليه أن يتبين عنه ذلك . أى أننا نجد أنفسنا فى حالة تكفى قواعد الغلط ذاتها لاعتبار الرضاء فاسداً مخولا طلب الإبطال .

هكذا نصل إلى أنه ، وفقاً لأحكام قانوننا ، لم تعد هناك فائدة تذكر

---

(١) انظر فى ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى ج ٢ ص ١٧٢ .

من الإبقاء على نظام التدليس ، باعتباره عيباً يشوب الرضاء . إذ أن نظام الغلط يمكن له أن يغنى عنه .

ولعل الأمر الوحيد الذى يفارق بين الغلط والتدليس ، فى حدود كونهما عيبين يشوبان الإرادة ، ويؤديان إلى وقوع العقد قابلا للإبطال ؛ لعل هذا الأمر يتمثل فى أن المشرع أعطى ، فى حالة الغلط للمتعاقد الآخر الحق فى أن يجنب نفسه الضرر الناجم عن إبطال العقد ، إذا اقتضت ذلك اعتبارات حسن النية (المادة ١٢٤) كما إذا عرض على المتعاقد الغالط أن يقوم العقد بينهما على نحو يتفق مع حقيقة ما اعتقده [١] ، ولم يعط مثل هذا الحق فى حالة التدليس . وقد دعاه إلى ذلك التفريق بين النظامين ما لاحظه من أن الغلط أمر تلقائى ، يقع فيها المتعاقد من تلقاء نفسه . فالأمر إذن مرجعه فى الأصل إليه . من هنا أمكن للمتعاقد الآخر ، حتى لو كان يعلم بالغلط ، أن يجنب نفسه الضرر الذى يترتب له عن الإبطال . أما فى التدليس ، فالمتعاقد لايقع فى الغلط من تلقاء نفسه ، إنما نتيجة الخداع والتضليل من المتعاقد الآخر ، الأمر الذى يجعل هذا الأخير غير جدير بذاك القدر من الرفق فى المعاملة .

١٧٠ — التدليس أو التغرير فى الفقه الإسلامى :

التدليس [٢] أو التغرير أو الخلابة [٣] نظام معروف فى الفقه الاسلامى . وله فيها مكان رحب ، مع تفاوت فى المذاهب [٤] .

---

(١) راجع ما سبق ، نبذة ١٥٥ .

(٢) يستعمل اصطلاح « التدليس » فى الفقه الإسلامى فى معنيين . فتارة يقصد به معنى واسع يتفق مع مدلوله فى القانون المعاصر . وتارة أخرى يقصد به إخفاء العيب فى المعقود عليه ، كما إذا أخفى البائع على المشترى عيباً فى المبيع .

(٣) الخلابة (بكسر الخاء) معناها فى اللغة الخديعة . ويفضل بعض الفقهاء (انظر مصطفى الزرقاء ، المرجع السابق ج ١ نبذة ١٨٦) إطلاق اصطلاح الخلابة باعتبار أنه يستوعب كل صور الخديعة فى التعاقد ، وأن التغرير والتدليس يعتبران صورتين من صور الخلابة .

(٤) فأوسع مذاهب السنة إعمالا للتدليس أو التغرير هو المذهب المالكى ثم المذهب الحنبلى ويليهما ، المذهب الشافعى . ومظهر التضييق عند الشافعية ، أنهم لا يأخذون بالتغرير إلا إذا كان من شأن الحيلة أن تنطلى على غالب الناس ، أما إذا انطلت على المتعاقد ، وما كانت لتنطلى على غيره من =

وكان طبيعيا أن يأخذ الفقه الإسلامى بنظام التغرير أو التدليس ، خلافاً لما فعله بالنسبة إلى الغلط . فهو يقوم على الحيلة والخداع والتضليل . ومن ثم فهو يقوم على أمور مادية خارجية ظاهرة . فالأخذ به إذاً لا يتنافى مع النزعة الموضوعية التى تسود الشريعة السمحة . وهذا بخلاف الغلط الذى يقوم . كما رأينا . على توهم يخالف الحقيقة . ويتولد تلقائيا فى ذهن المتعاقد ، من غير أن يدفع هو إليه من شخص آخر . بل إن الشريعة الإسلامية باعتبارها شريعة سماوية تتغيا فى الإنسان الكمال . وتحارب فيه بالتالى الغش والخديعة والاحتيال والكذب . قد توسعت فى صور التدليس عما يقول به القانون المعاصر . فاعتدت بالكذب والكتمان فى حالات أوسع مدى مما يقول هو به .

والأصل فى التدليس ، فى الفقه الإسلامى . كما هو الحال تماماً فى القانون المعاصر . هو أنه يقوم على أفعال تستهدف تضليل المتعاقد وخديعته وجره بذلك إلى التعاقد . وهذا ما يسمى بالتغرير أو التدليس الفعلى . وكل الطرق الاحتيالية التى تكون التدليس فى القانون المعاصر . والتى سردنا أمثلة لها ، يمكن أن تنضوى تحت التغرير الفعلى فى الفقه الإسلامى . وإلى جانب ذلك . يسرد فقهاء المسلمين أمثلة تقليدية لهذا النوع من التدليس . منها التناجش أو النجش . وهو تواطؤ صاحب السلعة مع آخر على المزايدة فى ثمنها . حتى يخدع المشترى ويجعله يشتريها بثمن يؤدى إلى غبنه . ومنها التصرية . وهى ترك لبن أنثى الحيوان . كالبقرة والشاة والناقة . دون حلب مدة من الزمن ، حتى يمتلىء به ضرعها . لإيهام المشترى بغزارة لبنها وبكونها حلوبا[1] .

بيد أن أفعال الاحتيال ليست لازمة لقيام التغرير فى الفقه الإسلامى . بل أن الأقوال الكاذبة تنهض . فى بعض الأحوال ، تدليسا ، إذا قصد بها

= سواد الناس . فالشافعية لا تمنح دعوى التغرير ، اعتباراً بأن المشترى مقصر (راجع نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج للرملى ج ٤ ص ٧٣ و ٧٤) . أما المذهب الحنفى . فهو أقل مذاهب السنة اعتداداً بالتدليس .

(١) وقد نهى الرسول ، عليه صلوات الله ، عن التصرية بقوله : « ولا تصروا الإبل والغنم . فمن ابتاعها ، فانه بخير النظرين ، بعد أن يحلبها : إن شاء أمسك ، وإن شاء ردها وصاعا من تمر » . وصاع التمر فى الحديث هو مقابل اللبن المحلوب .

الخديعة والتضليل . وهذا ما يسمى ، فى الفقه الإسلامى ، بالتغرير القولى . كما أن الكتمان يصلح تغريراً فى بعض الأحيان ، كما إذا كتم البائع عن المشترى عيباً فى المبيع . ويلاحظ أن الفقه الإسلامى يتوسع فى صور التغرير القولى عما يفعله القانون المعاصر . فإذا كان الغالب فى الشريعة الإسلامية أن مجرد الكذب ، كأصل عام ، لا يكفى لقيام التغرير[١] ، إلا أن الفقهاء توسعوا فى الحالات التى يعتبر فيها الكذب أو الكتمان تغريراً . وأبرز حالات التغرير القائم على مجرد الكذب ، أو التغرير القولى ، حالة الكذب فى بيوع الأمانة .

وبيوع الأمانة هى تلك التى يركن فيها المشترى إلى ذمة البائع . ويتفق معه على أن يتحدد الثمن على أساس السعر الذى يقر البائع أنه اشترى السلعة به ، مع زيادة محددة عليه (وهنا يسمى البيع بيع المرابحة) ، أو نقص فيه (ويسمى البيع هنا بيع المواضعة أو بيع الوضيعة) ، أو بلا زيادة ولا نقص (ويسمى البيع هنا بيع التولية) . فى كل هذه الحالات . يتحتم على البائع أن يكون صادقاً فيما يقوله للمشترى بشأن المبيع . وخاصة بالنسبة إلى الثمن . فان كذب . نهض كذبه تغريرا بالمشترى[٢] .

نخلص مما سبق أن الفقه الإسلامى يأخذ بنظام التغرير أو التدليس ، سواء بنى على أفعال أى طرق احتيالية (تغرير فعلى) ، أو على الكذب أو الكتمان فى حالات خاصة (تغرير قولى) . وسواء أكان التغرير من هذا الصنف أم من ذلك . فانه يلزم لإعماله . فى الفقه الإسلامى . أن يكون صادراً من المتعاقد الآخر ، أو من شخص يكون متواطئاً معه . أو من الدلال أو السمسار الذى كلف منه بتسهيل ابرام الصفقة .

---

(١) ومع ذلك فالظاهر فى مذهب الحنابلة أنه يكتفى بمجرد الكذب لقيام التغرير . فقد جاء فى الشرح الكبير على متن المقنع (ج ٤ ص ٧٩) ما يأتى : « ولو قال البائع أعطيت لهذه السلعة ما لم يعط ، فصدقه المشترى ، ثم كان كاذباً ، فالبيع صحيح ، وللمشترى الخيار أيضاً ، لأنه فى معنى النجش » .

(٢) ويلحق ببيوع الأمانة ، فى الفقه المالكى والحنبلى ، ما يسمى « بيع المسترسل أو المستأمن» ، وفيه يكشف العاقد أن لا دراية له فيما هو بسبيله من التعامل ، ويركن إلى ذمة المتعاقد معه ،ويطلب اليه أن يعامله كما يعامل غيره من الناس . فاذا كذب العاقد المستأمن على غريمه . اعتبر كذبه تغريراً به ، إعمالا لحديث الشريف : « غبن المسترسل ظلم » .

وإذا كان التدليس أو التغرير ، فى الفقه الإسلامى ، إما فعلى وإما قولى ، إلا أنه يختلف فى حكمه باختلاف ما إذا كان من هذا الصنف أو من ذاك . فالتدليس الفعلى يخول دعوى التدليس ، حتى ولو تضمن غبنا يسيرا ، بل حتى لو لم يصحبه غبن . وكان قائماً على ايهام المتعاقد بوجود صفة فى المبيع ، كايهامه بأن البقرة حلوب ، وهو ما يسمى بتغرير الوصف . أما التدليس القولى ، فهو لا ينتج أثره إلا إذا كان من شأنه أن يؤدى إلى الغبن الفاحش . على أنه يستثنى من ذلك التغرير القولى فى بيوع الأمانة . فهو يأخذ حكم التغرير الفعلى . وينتج أثره بمجرد وجود الخيانة . حتى إذا لم يتضمن الا يسير الغبن .

ويتركز أثر التغرير أو التدليس . فى الفقه الإسلامى . فى ثبوت الخيار للمدلس عليه فى أن يبقى على العقد أو يفسخه[1] .

ثالثاً : الإكـــراه

١٧١ — الإكراه [2] Violence ضغط يقع على الشخص بغير وجه حق . فيولد فى نفسه رهبة تدفعه إلى التعاقد . خشية الأذى . ومثاله أن يضرب شخص آخر أو يهدده بالقتل أو بالضرب أو بالاعتداء على العرض أو بإثارة فضيحة أو بإتلاف ماله أو بخطف ابنه . حتى يحمله على أن يعطيه مبلغاً من المال . أو أن يبيع له داره ، أو أن يقر له بالتخالص من دين عليه .

والإكراه يختلف عن الغلط والتدليس بالنسبة إلى موضوع كل منها . ففى حين أن الأخيرين يمسان من العاقد علمه بما يرتضيه ، بحيث يجىء رضاؤه

(١) على أنه إذا أدى التغرير إلى الغبن ، فان بعض المذاهب الإسلامية ، وعلى الأخص ، المذهب المالكى ، يخول المتعاقد الآخر الحق فى أن يرفع عن المدلس عليه الغبن ، بأن يحط البائع ، مثلا ، من الثمن ، ما يرتفع به الغبن عن المشترى . فإن فعل ذلك ، امتنع عن المدلس عليه خيار الفسخ .

(٢) الإكراه ، كعيب يشوب الرضاء ويؤدى إلى إبطال العقد ، لم يعرف عند الرومان ، إلا فى وقت متأخر نسبياً ، يرجع إلى أواخر عهد الجمهورية ، وهو من خلق البريتير . وقد بدأ فى صورة دفع منحه البريتير لمن يتعاقد تحت سيطرة الخوف ، بغية تمكينه من دفع الدعوى الناشئة ضده من العقد الذى أبرمه exceptio metus . ثم أخذت الأمور بالإكراه فى سبيل *التطور إلى أن وصل إلى عيب يشوب الرضاء ، على نحو ما نعرفه عليه اليوم .*

عن غير بينة بحقيقة الحال ، نجد أن الاكراه لايمس من العاقد إلا الاختيار فيه . فرضاء المكره يأتى عن بينه بما يرتضيه . ولكن رضاءه لايجىء عن حرية ، إنما عن قسر وإجباء .

والإكراه ، كعيب يشوب الرضاء[1] ، يفسد هذا الرضاء ، دون أن يعدمه . فالشخص المكره يريد التصرف الذى يجريه . وكان فى مكنته ألا يرتضيه ، لو فضل تحمل الأذى ، أو استطاع التغلب على سطوة الرهبة التى تولدت فى نفسه . فالإكراه يجعل الشخص بين أمرين : إما أن يتحمل الأذى الذى يقع به أو يتهدده ، وإما أن يرتضى التصرف المعروض عليه . فإن قبل التصرف ، فما ذلك إلا لأنه أراده . كل ما هنالك أن إرادته لم تكن كاملة الحرية والاختيار ، حيث جاءت تحت سلطان الخوف والرهبة ، بحيث إنه لولا الأذى الذى كان يتهدده ، لما وقع منه رضاء[2] .

وهكذا نجد أن الإرادة هنا تعتبر موجودة ، وإن اعتورها الفساد ، بسبب مجيئها وليدة الرهبة الناجمة عن الضغط والإرهاب . ومن ثم فالعقد فى حالتنا يقوم ، وإن تهدده الزوال ، وفقاً لمشيئة المكره .

وإذا وصلنا إلى أننا نقصد بالإكراه ، باعتباره عيباً يشوب الرضاء،

---

(١) والإكراه ، فى حقيقة الواقع ، ليس هو العيب الذى يشوب الرضاء . فالذى يشوب الرضاء ويجعله فاسداً هو الخوف أو الرهبة التى تتولد من الإكراه ، وليس هو الإكراه ذاته . وكأن الإكراه — باعتبار أنه هو الذى يولد الخوف أو الرهبة التى تدفع إلى التعاقد — لا يعدو أن يكون أداة العيب الذى يشوب الرضاء أو وسيلته ، وليس هو هذا العيب نفسه ، مثل الإكراه فى ذلك مثل التدليس ، الذى لا يعدو بدوره أن يكون مجرد أداة للعيب الذى يشوب الرضاء ، ذاك العيب المتمثل فى الغلط الذى يقع فيه المتعاقد نتيجة التضليل والخداع . وقد أدى ذلك ببعض الفقهاء الفرنسيين إلى أن ينتقدوا تسمية « الإكراه violence » التى لجأ إليها المشرع الفرنسى ، مفضلين عليه اصطلاح « الرهبة contrainte » . ومن هؤلاء الفقهاء : **Beudant** (ج ٨ ص ٨١) — **De Page** (ج ١ بند ٨) **H., L. et J. Mazeaud** (ج ٢ بند ٢٠٠) . وقد تمشى القانون السويسرى مع هذه الفكرة فاستعمل اصطلاح « الرهبة contrainte » بدلا من إصطلاح الإكراه (تراجع المادة ٢٩ و ٣٠ و ٣١ من مدونة الالتزامات السويسرية) .

(٢) ولبعض فقهاء المسلمين تحليل رائع للرضاء بالعقد ودور الإكراه فيه ، سوف نعرضه فيما بعد ، عند تناول الإكراه فى *الفقه الإسلامى* . راجع ما سيجىء ، نبذة ١٨٠ .

الضغط الذى يؤدى إلى إفساد الإرادة دون إعدامها . فإننا نريد بذلك أن نستبعد الإكراه المادى ، الذى من شأنه أن يصور قيام الإرادة حالة كونها معدومة أصلا . ومثال ذلك أن يمسك شخص بيد آخر ويجعله يوقع على محرر ، أو يتسلط شخص على آخر . عن طريق التنويم المغنطيسى ، بحيث يصبح مجرد أداة فى يده ، ويجعله يوقع على محرر . فالإرادة هنا معدومة تماماً . والعقد بالتالى لا يقوم أصلا . وهذا النوع من الإكراه يكاد يكون غير موجود فى العمل . فهو فرض محض مدرسى ، أو يكاد .

١٧٢ — أهمية الإكراه : أولى الفكر القانونى منذ القدم ، وفى ظل الشرائع المختلفة كلها ، أهمية قصوى للإكراه . ذلك لأنه ، إلى جانب كونه عيباً يشوب الرضاء ويفسده . فهو يقوم على العنف أو التهديد به .

وقد وجد نظام الإكرام ، فى الفقه الإسلامى بالذات[1] ، مكاناً رحباً بارزاً ، واهتم به وجاله اهتماماً كبيراً . بل لعل اهتمام فقهاء المسلمين بالإكراه يفوق إلى حد كبير الاهتمام الذى أولى إياه فى ظل الشرائع الأخرى . بل إنه يفوق اهتمامهم هم أنفسهم بغيره مما يدخل ، فى النظرة المعاصره ، فى زمرة عيوب الرضا .

وقد اهتم القانون المدنى المصرى بدوره بالإكراه ، وأولاه ما يستحقه من عناية ، وأبرز أحكامه فى المادتين ١٢٧ و ١٢٨ .

١٧٣ — شروط الإكــراه :

يلزم ، لإعمال أثر الإكراه ، باعتباره عيباً يشوب الرضاء ، توافر الشروط الثلاثة الآتية :

١ — أن يجرى الشخص التصرف تحت سلطان رهبة بعثت فى نفسه بدون وجه حق .

٢ — أن تكون الرهبة هى الدافعة إلى التعاقد .

---

(١) انظر فى حكم الإكراه فى الفقه الإسلامى ما سيجىء ، نبذة ١٨٠ .

٣ — أن تكون الرهبة قد بعثت فى نفس المتعاقد بفعل المتعاقد الآخر ، أو كان هذا المتعاقد الآخر ، فى الأقل عالماً بها . أو كان مفروضاً فيه أن يعلم بها حتما .

ونتناول كلا من هذه الشروط بشىء من التفصيل . وذلك فيما يلى :

١٧٤ — الشرط الأول : التعاقد تحت سلطان الرهبة :

جوهر الإكراه ولبه وأساسه أن يتم التعاقد المشوب به تحت سطوة رهبة تبعث فى نفس المتعاقد . فتفسد منه اختياره . بحيث يمكن القول بأنه ، وإن أراد التصرف الذى أجراه . إلا أن إرادته هذه لم تأت عن كامل حرية واختيار . بل عن ضغط وقسر وإجبار .

فيلزم . لقيام الإكراه . أن تبعث فى نفس المتعاقد رهبة ، وأن يبرم التصرف تحت سلطانها . والمقصود بالرهبة الخشية من الأذى التى تؤثر فى رضاء المتعاقد ، بحيث تحمله على إجراء تصرف . ما كان ليرغب فيه لولاها .

وينبغى أن تكون الرهبة قد بعثت فى نفس المتعاقد بفعل فاعل ، سواء أكان هو المتعاقد الآخر أو شخصاً غيره ممن يكون عالما بوقوع الإكراه منه ، على نحو ما تقرره المادتان ١٢٧ و ١٢٨ . فإن تولدت الرهبة بغير تدخل من أحد . كما إذا تولدت بفعل الظروف المحيطة بالشخص ، كأن أشرف شخص على الغرق واستشعر الخوف من الموت . وطلب النجاة من آخر ، وقبل منه شروطاً أملاها هذا الأخير لإنقاذه ، أو تولدت الرهبة فى نفس المتعاقد بتأثير مجرد الإجلال الذى يستشعره نحو شخص آخر ، فإن الإكراه لا يتواجد ، وإنما قد ينفتح المجال لإعمال عيب آخر من عيوب الرضاء ، هو الاستغلال . وسوف نعود إلى ذلك فيما بعد [١] .

ولابد أن تكون الرهبة التى تتولد فى نفس المتعاقد ، والتى يبرم التصرف تحت سلطانها ، قائمة حقيقة ، أو قائمة على أساس كما تقول المادة ١/١٢٧ . فلا يكفى بالضرورة أن يدعيها المتعاقد ، إن لم يكن لها وجود فى الواقع .

(١) راجع ما سيجىء ، نبذة ١٧٨ و ١٧٩ .

وتكون الرهبة قائمة على أساس ، كما تقول المادة ٢/١٢٧ ، « إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذى يدعيها أن خطراً جسيما محدقاً يهدده هو أو غيره فى النفس أو الجسم أو الشرف أو المـال » .

فمن الضرورى ، لاعتبار الرهبة قائمة فى نفس المتعاقد ، أن يكون من شأن الظروف المحيطة به أن تصور له خطراً جسيما يتهدده ، أى تجعله يعتقد بوجوده . وليس يلزم أن يكون هذا الخطر موجوداً فى حقيقة الواقع . بل إن الرهبة تعتبر قائمة ، حتى لو كان الخطر الذى يتهدد الشخص وهميا ، لو نظرنا إليه فى ذاته ، ما دامت الظروف تصوره لذلك الشخص حقيقيا . فمن يذعر مثلا نتيجة تهديده بمسدس ، فيرضخ لمشيئة مهدده ، ويبرم معه تصرفاً ما ، خوفاً من أن يطلقه عليه فيقتله أو يجرحه ، يعتبر واقعاً تحت سلطان الرهبة المكونة للإكراه ، حتى لو كان المسدس خالياً فى الحقيقة من الرصاص ، على جهل منه .

بيد أنه يلزم بطبيعة الحال أن يكون الخطر أو الأذى الذى يتهدد الشخص على قدر من الجسامة ، بحيث يؤثر فى المتعاقد نفسه ويجعله ، بين أن يتحمل الأذى أو أن يبرم التصرف ، مقادا إلى الأمر الأخير ، اعتباراً بأنه أهون الشرين وأخف الضررين . فتهديد الشخص العادى ، مثلا ، بالصفع على وجهه ، لو أنه لم يبع منزله ، قد لا يرتقى إلى مرتبة الإكراه ، وإن كان التهديد بذلك الأمر قد يصل إلى هذه المرتبة ، لو أنه وجه إلى شخص يتميز ، لسبب أو لآخر ، بحساسية مفرطة .

ولا أهمية لنوع الخطر أو الأذى الذى يتهدد الشخص أو يتصور أنه يتهدده . فحسبه أن يبلغ من الجسامة حدا بحيث يفلح فى أن يولد فى نفسه الرهبة التى تحمله على التعاقد . فسيان أن يكون الأذى حسيا ، بأن يحس به المتعاقد فى جسمه ، كما إذا ضرب أو عذب ، وهذا ما يطلق عليه الإكراه الحسى ، أو أن يكون *نفسياً* ، بأن *يخشاه المتعاقد فى نفسه* دون أن يستشعره بحسه ، وهذا هو الاكراه النفسى ، وهو يكون فى الحالة التى يهدد فيهاالشخص بايقاع ما يؤذيه ، دون إيقاعه بالفعل .

ولا أهمية أيضاً لما إذا كان الشخص مهدداً بخطر حال أو بخطر يوقع به فيما بعد . فالخطر الحاضر والخطر المستقبل سواء ، طالما أنه يولد فى نفس المتعاقد الرهبة التى تدفعه إلى التعاقد[1] .

ولا أهمية كذلك لما إذا كان الأذى أو الخطر الذى يتضمنه التهديد موجهاً إلى المتعاقد أو إلى غيره ، كإبنه أو أبيه أو أمه أو أخيه أو زوجته أو خطيبته أو صديق عزيز على نفسه ، ما دام هو يولد بالفعل فى نفسه رهبة تحمله على التعاقد . ولا يوجد تحديد ، بالنسبة إلى درجة قرابة الغير الذين

---

(١) وقد جاءت المادة ٢/١٢٧ تقول بأن الرهبة التى ينبنى عليها الإكراه تعتبر قائمة على أساس إذا كانت ظروف الحال تصور للمتعاقد خطراً جسيما محدقاً . وقد يفهم من اشتراط أن يكون الخطر محدقاً ، أن يكون حالا ، أى وشيك الوقوع . ولكن هذا الرأى لا يتفق مع أساس نظام الإكراه . فالعبرة فى الإكراه هى بإبرام التصرف تحت سلطان الرهبة . ولا جدال فى أن التهديد بخطر مستقبل قد يصل فى بعض الظروف إلى بعث الرهبة فى نفس المتعاقد . فالمجرم الخطير الذى يهدد ، مثلا ، شخصاً بأنه سوف يقتله بعد خروجه من السجن ، إن لم يعطه مبلغاً من المال ، قد يوقع الرعب فى نفس هذا الشخص لدرجة تجعله يذعن لمشيئته ، خوفاً من احتمال بطشه . فإن فعل ، اعتبر أنه قد تعاقد تحت سلطان الرهبة ، وجاءت إرادته مشوبة بالإكراه . من أجل ذلك عمد الفقه المصرى إلى تفسير نص المادة ٢/١٢٧ ، بالنسبة لما جاء فيه من وجوب أن يكون الخطر محدقاً ، على أنه يعنى وجوب أن تكون الرهبة ذاتها هى المحدقة بالمتعاقد ، بمعنى أن تكون موجودة عند إبرامه التصرف ، وسيان بعد ذلك أن تكون قد جاءت نتيجة التهديد بخطر حال أو مستقبل (راجع فى ذلك السنهورى ، الوسيط ج ١ ، نبذة ١٩٤ — جمال زكى ، المرجع السابق نبذة ٨٥ — عبد المنعم الصدة ، نبذة ١٤٠) . وهذا هو نفس الرأى الذى استقر عليه الفقه الفرنسى فى مجموعه ، برغم ظاهر نص المادة ١١١٢ فرنسى . فوفقاً لظاهر هذا النص ، يستلزم ، لقيام الإكراه ، أن يكون الخطر الذى يتهدد الشخص حالا present . وقد تطلب هذا الشرط فعلا بعض الفقهاء ، اعتباراً بأنه إذا كان الخطر مستقبلا ، فإن الشخص يستطيع أن يدرأه عن نفسه ، بالالتجاء إلى السلطة العامة عند الضرورة . ولكن أغلب الفقهاء فى فرنسا لا يسلمون بذلك . وهم يؤسسون رأيهم على أن العبرة هى بتأثر إرادة المكره بالأذى الذى يتهدده ، عند إبرامه التصرف . وسيان بعد ذلك أن يكون هذا الأذى فى ذاته حالا أو مستقبلا . ومن أجل ذلك لم يتقيدوا بظاهر النص ، وفسروا عبارة « الأذى الحال mal present » الواردة فيه ، على أنها تعنى أن يكون الخوف من الأذى هو الحال ، لا الأذى نفسه (أنظر فى هذا المعنى Marty et Raynaud ، الالتزامات نبذة ١٤٢ — Planiol et Ripert ج ٦ نبذة ١٩١ — De Page ، المرجع السابق ٦٠ .

يعتبر تهديدنا بإيذائهم إكراهاً لنا [١] . بل إن القرابة فى ذاتها ليست حتمية . كما أنها ، من ناحية أخرى ، ليست بمجردها كافية . فالمسألة مردها إلى أثر ذلك التهديد على نفس المتعاقد ذاته . هل من شأنه أن يولد فى نفسه الرهبة التى تحمله على ارتضاء التصرف أو لا يولدها . وقد تشعر بالحب أو بالإعزاز نحو شخص لا يمت لك بصلة القربى ، فيولد تهديدك بإيذائه فى نفسك الخوف الذى يجعلك تبرم التصرف ، درءاً لهذا الأذى عنه . وعلى النقيض من هذا ،

---

(١) وقد لجأ القانون الفرنسى فى هذا الصدد إلى تحديد تحكمى لا معنى له . فجاء فى المادة ١١١٣ منه يقول : « يكون الإكراه سبباً لبطلان العقد ، ليس فقط عندما يقع على المتعاقد ، بل أيضاً عندما يقع على زوجه أو فروعه أو أصوله » . وبرغم صراحة هذا النص ، فالفقه الفرنسى الحديث ، فى مجموعه ، لا يتقيد بحرفيته . وهو يسير على أن الإكراه يعتبر قائماً ومفسداً لرضاء ضحيته ، حتى لو كان الشخص الذى هدد بإيذائه من غير الأشخاص المذكورين فى القانون . وفى سبيل التوفيق بين الحكم الذى يقوله به الفقهاء وبين نص المادة ١١١٣ فرنسى ، يقول البعض منهم إن تلك المادة لم تذكر الأشخاص الذين أوردتهم إلا على اعتبار أنها تقيم قرينة قانونية على أن تهديد المتعاقد بإيذائهم يعتبر إكراهاً ، تمشياً مع الغالب وقوعه فى حياة الناس . ومن ثم فلا يقع عليه عبء إثبات أن تهديده بإيذائهم ولد فى نفسه رهبة دفعته إلى التعاقد . أما بالنسبة إلى من لم تذكرهم المادة ١١١٣ فرنسى ، فلا يوجد ثمة ما يمنع من اعتبار تهديد المتعاقد بإيذائهم إكراهاً له . ولكن يلزمه هنا إقامة الدليل على أن هذا التهديد ولد فى نفسه الرهبة التى دفعته إلى التعاقد . تأسيساً على أن القرينة المستمدة من المادة ١١١٣ لا تظلهم . أما البعض الآخر من الفقهاء ، فقد كانوا أكثر جرأة ، بحيث اكتفوا بالقول بأن الأشخاص الذين أوردتهم المادة ١١١٣ فرنسى مذكورون فيها على سبيل مجرد التمثيل لا الحصر (راجع فى ذلك Marty et Raynaud ، المرجع السابق ، نبذة ١٤٣ — Planiol, Ripert et Esmein ، ج ٦ نبذة ٩٣ — H., L. et J. Mazeaud المرجع السابق نبذة ١٠٥ — Beudant et Lagarde ج ٨ نبذة ١٢٩ — Encyc. daloz, dr, civil, تحت كلمة Violence رقم ١٢ .

وقد جاءت المادة ١٧٦ من المشروع التمهيدى تقول إن الإكراه يقوم إذا كان من شأن الظروف أن تجعل الشخص يعتقد أن خطراً جسيماً حالا يتهدده هو أو أحد أقاربه ، من غير أن تحدد درجة القرابة ، تاركة هذا التحديد للقضاء . وفى لجنة المراجعة ، أبدلت عبارة « أو أحد أقاربه » بكلمة « أو غيره » ، بعد أن لاحظ — وبحق — أحد الأعضاء أن القرابة قد تكون أوسع مما ينبغى فى حالات معينة ، كما أنها قد تكون أضيق مما ينبغى فى حالات أخرى . فقد يكون للشخص « صديق أعز عليه من أقاربه » . وهكذا جاءت المادة ١٢٧ مدنى مصرى خلو من اشتراط القرابة فيمن يعتبر تهديدنا بإيذائهم إكراهاً لنا (راجع مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ فى تعليقها على المادة ١٧٦ من المشروع التمهيدى) .

قد لا يهم الإنسان منا أقرب الناس إليه ، فلا يستشعر الخوف من أن يصيبه فادح الأذى . بل لا يوجد ثمة ما يمنع من أن تتولد الرهبة فى نفس المتعاقد ، نتيجة تهديده بالحاق الأذى بذات الشخص الذى يكرهه على إبرام التصرف لصالحه . ومثال ذلك أن يهدد شخص أمه بعزمه على الانتحار ، ان لم تهبه منزلها أو أرضها .

هكذا نخلص إلى أن الرهبة التى يتضمنها الإكراه تعتبر قائمة حقيقة فى نفس المتعاقد، أو قائمة على أساس كما تقول المادة ٢/١٢٧ ، كلما كان من شأن ظروف الحال أن تصور له أن خطراً جسيما لا قبل له بتحمله أو دفعه ، يتهدده هو أو غيره ، ممن يأثر فيه إيذاؤهم ، فى النفس أو الجسم أو الشرف أو المال أو فى أى شىء آخر ، حتى لو كان هذا الخطر وهميا لا وجود له فى الحقيقة . فيكفى أن يكون من شأن وسائل الإكراه ، فى الظروف التى بوشرت فيها ، أن جعلت المتعاقد يستشعر الخوف من أذى جسيم يتهدده أو يتصور أن يتهدده فى النفس أو الجسم أو الشرف أو المال ، طالما تصور أنه لا قبل به إلى دفعه ولا سبيل له إلى تحمله . ويتوجب هنا الاعتداد بالظروف الشخصية[1] المتعلقة بكل متعاقد على حدة . فلا يوجد معيار موضوعى عام يحدد لنا متى تكون الرهبة قائمة على أساس فى نفس المتعاقد ، ومتى لا تكون . فالمسألة لا تعدو أن تكون أمراً شخصيا ، أى يتعلق بنفس المتعاقد الذى كان ضحية الإكراه ، من حيث تصوره للخطر الذى يتهدده ، ومن حيث أثر هذا الخطر على نفسه . وهكذا فمعيار جسامة الإكراه ليس معياراً موضوعيا عاماً in abstracto ، ولكنه معيار شخصى in concreto ، أساسه ذات الشخص الذى وقع ضحية الإكراه . وفى هذا يتشابه القانون المدنى المصرى مع القانون المدنى الفرنسى [2] ، ولكنه يتخالف مع القانون

---

(١) أنظر نقض ١٩٦٦/٢/١٥ طعن ٣١/١١٧ق مجموعة النقض س ١٧ ص ٢٨٧ رقم ٣٨ . وانظر أيضاً تمييز الكويت ١٩٧٥/٣/٢٤ طعن رقم ١٩٧٣/١١ أحوال شخصية ، مجموعة قواعد التمييز فى المدة من ٧٢/١١/١ حتى ٧٩/١٠/١ .

(٢) والحقيقة أن المادة ١١١٢ فرنسى جاءت ، فى صدد المعيار الواجب مراعاته لقيام الإكراه متسمة بشىء من الغموض . ففى حين أن الفقرة الأولى من هذه المادة تتطلب فى الإكراه أن يكون من شأنه أن يؤثر فى الرجل المعقول أى العادى l'homme raisonable ، نجد أن الفقرة —

الرومانى[١] .

وغنى عن البيان أن الناس يتفاوتون فى تصورهم للأخطار التى تهددهم ، أو التى يتخيلون أنها تهددهم ، وفى أثر هذه الأخطار عليهم . ثم إن للظروف التى تحيط بهم أثرها فى هذا الصدد . فالرجل عادة أكثر شجاعة من المرأة ، والشاب أقوى احتمالا من الشيخ الهرم ، وقوى الأعصاب أقل تأثراً من ضعيفها ، والمرأة البسيطة الساذجة تهاب أموراً يراها المتعلم أو المتنور مجرد خزعبلات : كالتهديد بالسحر وأعمال الدجل والشعوذة . والتهديد فى مكان منعزل أقوى مفعولا منه فى مكان آهل بالناس ، إلى غير ذلك كله من الظروف التى تؤثر فى الشخص من حيث توليد الرهبة والخوف فى نفسه . وعلينا أن نتناول كل حالة على حدة ، مقتدين بمقياس شخصى : قوامه ذات الشخص الذى يتمسك بالإكراه . من حيث جنسه وسنه وصحته أو ضعفه وشجاعته أو جبنه وعلمه أو جهله ورزانته أو خفته . إلى غير ذلك كله من الصفات التى يتسم بها : ثم نحدد بعد ذلك ما إذا كان من شأن الظروف الملابسة أن تبعث فى نفسه الرهبة أو لا تبعثها . فإذا تبين للقاضى ، فى الحالة المعروضة عليه . أن الرهبة قد تولدت بالفعل فى نفس المتعاقد . وأنها هى

= الثانية تستوجب مراعاة سن المتعاقد وجنسه وحالته . وهكذا فالفقرة الأولى تأخذ بالمعيار الموضوعى ، فى حين أن الفقرة الثانية تثير المعيار الشخصى . وكان نتيجة هذا التعارض أن اختلف الفقهاء الفرنسيون . ولكن الرأى الراجح الآن يسير على المعيار الشخصى ، أى يتخذ ضحية الإكراه نفسه أساساً لحكم (انظر على وجه الخصوص : Mazeaud ، المرجع السابق ، نبذة ٢٠٤ — Marty et Raynaud المرجع السابق ، نبذة ١٤٢) . والقضاء الفرنسى بدوره يسير على هذا الرأى (راجع على الخصوص : نقض مدنى ٣ نوفمبر ١٩٥٩ Gez; Pal ١—١٦ . نقض — عرائض — ١٧ نوفمبر ١٩٢٥ ، سيرى ١٩٢٦ — ١ — ١٢١ وتعليق Breton) .

(١) والقانون الرومانى — تأثراً منه بكون الإكراه قد نشأ تحت ظله باعتباره جريمة جنائية ، قبل أن يتطور إلى كونه عيباً يشوب الرضاء ويؤدى إلى إبطال العقد — كان يقول بالمعيار الموضوعى . فهو يستلزم ، لقيام الإكراه المبطل للعقد ، أن يكون من شأنه أن يؤثر فى أشجع الشجعان من الناس constantissimam virum . والفقه الإسلامى ، بخلاف القانون الرومانى ، يأخذ بالمعيار الشخصى فى الإكراه ، وان تطلب ، فى مجموعه ، شيئاً من التناسب بين **الأذى الذى يتهدد المتعاقد والأمر الذى يجبر على إتيانه ، بحيث إن الإكراه لا يعتبر متوافرا ، إلا إذا كان المتعاقد ، بابرامه التصرف الذى أجبر عليه ، قد درأ عن نفسه أذى أكبر .**

التى دفعته إلى التعاقد ، وجب عليه أن يعتبر الإكراه قائماً ، حتى لو كان غيره من الناس ، أو حتى لو كان الرجل العادى ، فى نفس الظروف ، لا يستشعر أية رهبة . فالمعيار الذى تجب مراعاته هنا هو معيار شخصى . أساسه المتعاقد نفسه الذى كان ضحية الإكراه . وليس معياراً موضوعيا مجرداً ، كما سبق لنا أن بينا . وفى ذلك تقضى المادة ٣/١٢٧ مدنى بأنه : « ويراعى فى تقدير الإكراه جنس من وقع عليه هذا الإكراه وسنه وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه أن يؤثر فى جسامه الإكراه » .

يخلص من كل ما سبق أنه يلزم ، لقيام الإكراه ، أن يتم التعاقد تحت سلطان رهبة قائمة حقيقة فى نفس المتعاقد . وتعتبر الرهبة كذلك ، كلما كان من شأن الظروف المحيطة بالمتعاقد ، ومع مراعاة حالته هو الشخصية من حيث جنسه وسنه وجميع مظاهر انسانيته الأخرى ، أن صورت له بالفعل خطراً جسيما ، لا قبل له بدفعه ولاسبيل له إلى تحمله ، يتهدده هو أو غيره فى النفس أو العرض أو الجسم أو الشرف أو المال أو أى شيء آخر[١] .

وعبء إثبات كون الرهبة على أساس يقع بطبيعة الحال على من يتمسك

---

(١) وقد سارت محكمة النقض فى العديد من أحكامها ، وهى بصدد تحديد ماهية الإكراه الموجب لإبطال العقد ، على قولها إن : « الإكراه المبطل للرضا إنما يتحقق بتهديد المتعاقد المكره بخطر جسيم محدق بنفسه أو بماله أو باستعمال وسائل ضغط أخرى لا قبل له باحتمالها أو التخلص منها ، ويكون من نتيجة ذلك حصول رهبة تحمله على الإقرار بقبول مالم يكن ليقبله اختياراً (انظر : نقض ٢٢ يناير ١٩٧٤ ، طعن ٣٦٥/٣٨ق مجموعة النقض س ٢٥ ص ٢٠٨ رقم ٣٦ — نقض ٩/٦/١٩٧٠ ، مجموعــة النقض س ٢١ صض ١٠٢٢١ رقم ١٦٣). ويلاحظ على قضاء محكمتنا العليا — وقد جاء فى صورة تقرير المبادىء العامة — الأمران الآتيان : (١) تصف المحكمة الخطر الذى من شأن الإكراه أن يهدد به ضحيته بالمحدق ، الأمر الذى من شأنه أن يثير الشبهة فى وجوب أن يكون حالا . وهذا الوصف ، وإن كان منقولا من ذات نص المادة ٢/١٢٧ ، إلا أنه غير سليم على نحو ما سبق لنا أن بيناه فى المتن ، إذ أن المقصود هو أن تكون الرهبة ذاتها هى المحدقة بالمتعاقد لا الخطر نفسه . (٢) جاء فى قضاء النقض أن الخطر الذى ينشأ عن الإكراه يلحق المتعاقد فى نفسه أو فى ماله ، فى حين أنه يمكن له أيضاً أن يلحق أى شخص من الغير ، إذا كان من شأن التهديد بإيذائه أن يولد الرهبه فى نفس المتعاقد على نحو ما بيناه فى المتن .

بالإكراه بغية إبطال العقد . ولهذا أن يقيم الدليل على ما يدعيه بكل طرق الإثبات ، ولو كان العقد رسمياً . والأمر من بعد متروك لقاضي الموضوع ، يفصل فيه في رحاب سلطته التقديرية ، بغير معقب عليه من محكمة النقض ، طالما قام قضاؤه على أسباب سائغاً من شأنها أن تحمله[1] .

وإلى جانب كون الرهبة قائمة حقيقة أي على أساس ، يلزم أن يتوافر فيها أمر آخر : هو أن تكون قد بعثت في نفس المتعاقد بدون وجه حق[2] (المادة ١/١٢٧) . فإن كانت قد بعثت بحق ، ما اعتبرت إكراهاً[3] . ولكن متى تعتبر الرهبة بغير حق ؟

---

(١) انظر : نقض ١٩٧٦/٣/٣١ طعن ١/١٧٢ ٤٤ق مجموعة النقض س ٢٧ ص ٨١٥ رقم ١٥٧ — نقض ١٩٧٦/١/٢٦ طعن ٤٠/٦٥٥ ق مجموعة النقض س ٢٨ ص ٣٠١ رقم ٦٨ — نقض ١٩٧٤/٦/١٢ ، طعن ٤٠/١٢ ٤ق مجموعة النقض س ٢٥ ص ١٠٣٥ رقم ١٧١ — نقض١٩٧٣/٢/٢٧طعن١/٣٨ق مجموعة النقض س٢٤ص٣٣٦رقم٥٩ — نقض١٩٧٣/١٢/٢٧ طعن ٣٨/١٣٦ق مجموعة النقض س ٢٤ ص ١٣٥٨ — نقض ١٩٧٠/٦/٩ طعن ٣٦/١٤٢ق مجموعة النقض س ٢١ ص ١٠٢٢ رقم ١٦٣ — نقض ١٩٦٦/٢/١٥ طعن ٣١/١٧٧ق مجموعة النقض س١٧ ص٢٨٧— نقض١٩٧٣/١٢/٢٧مجموعة النقض س٢٤ص١٣٥٨رقم٢٣٣ .

(٢) وفي ذلك يتجاوب قانوننا مع الفقه الإسلامي الذي يبشر بأن الإكراه بحق أو ما يطلق عليه تحت ظله « الجبر الشرعي » يقع غير مؤثر على العقد .

(٣) استلزام أن تكون الرهبة قد تولدت في نفس المتعاقد بغير وجه حق ، على نحو ما يقول القانون المصري (المادة ١/١٢٧) ، لكي يقوم الإكراه المفسد للرضاء ، لا يتفق مع هذا العيب في جوهره وأساسه . فجوهر الإكراه يتمثل في أن المتعاقد يرتضى العقد تحت تأثير الخوف والرهبة اعتباراً بأن رضاءه هنا لا يجيء حراً مختاراً . وتستوى الرهبة ، في أثرها على إرادة المتعاقد ، سواء أجاءت بحق ، أي كانت مشروعة ، أم بغير حق ، أي غير مشروعة . ففي كلتا الحالتين نجد المتعاقد يستشعر الخوف من الأذى ، فيلجأ إلى إبرام العقد بغية أن يتفاداه . فوصف الشرعية أو عدم الشرعية ، الذي يمكن للرهبة أن تتسم به ، ليس له أدنى تأثير عليها في ذاتها ، ولا على كونها تتمثل أمراً يدفع المتعاقد إلى ارتضاء العقد ، درءاً للخطر الذي يتهدده .

والحقيقة أن استلزم أن تكون الرهبة بغير حق ، أو ما يسمى الإكراه غير المشروع violence injuste ، يرجع في أصله ، في القانون المعاصر ، إلى القانون الروماني . وهو أمر ناتج من أن الإكراه بدأ عند الرومان باعتبار أنه جريمة جنائية ، ثم تطور بعد ذلك إلى أن وصل إلى كونه عيباً يشوب رضاء المتعاقد ، ويجعل عقده بالتالي قابلا للإبطال . وقد أراد Domat — وهو من أكبر فقهاء القانون الفرنسي القديم — أن يجعل من الرهبة التي تتولد بحق إكراهاً يعيب الرضاء، على قدم المساواة مع الرهبة التي تتولد في نفس المتعاقد بغير حق . وكان =

تعتبر الرهبة بغير حق ، إذا كان القانون لا يسمح للشخص بأن يبعثها في نفس المتعاقد معه . فالقانون . في بعض الأحيان ، وفي حدود معينة .

= دافعه إلى ذلك ، على وجه الخصوص ، منع الدائن من أن يهدد مدينة بمقاضاته ، حتى يحمله على أن يدفع له دينه ، إعمالا لقاعدة أنه لا يجوز للشخص أن يقر العدل لنفسه بنفسه . ولم يأخذ Pothier — وهو بدوره من أكبر فقهاء القانون الفرنسي القديم وأكثرهم تأثيراً على واضعي مدونة نابليون — برأي زميله Domat ، ناحياً منحى القانون الروماني ، متطلباً مثله ، لقيام الإكراه ، أن تكون الرهبة قد تولدت في نفس المتعاقد بغير وجه حق ، ثم جاءت مدونة نابليون ، ونحت بدورها منحى القانون الروماني . صحيح أنها لم تستلزم صراحة أن يجيء الإكراه غير مشروع ، ولكنها جاءت ، في المادة ١١١٤ منها ، تقول إن مجرد الخشية التأديبية Crainte révérentielle نحو الأب أو الأم أو أي أصل آخر ، من غير مباشرة أي إكراه ، لا يكفي لإبطال العقد » . وانطلاقاً من اعتبار الخشية التأديبية نحو الآباء تتمثل رهبة مشروعة ، وصل القضاء الفرنسي إلى استلزام أن تكون الرهبة بغير حق ، لقيام الإكراه كعيب يشوب الرضاء ، ويجعل العقد قابلا للإبطال . في كل الأحوال . أما إذا كانت الرهبة بحق ، وبعبارة أخرى إذا كان الإكراه مشروعاً ، فإرادة المتعاقد لا تعتبر معيبة ، وبالتالي يكون العقد غير مهدد بالإبطال.

والقضاء الفرنسي يسير على أن الرهبة تعتبر بحق وأن الإكراه بالتالي يعتبر مشروعاً ، فلا يجعل العقد قابلا للإبطال ، كلما كان للمتعاقد الحق في أن يبعث الرهبة في نفس غريمة ، شريطة أن يستعمل هذا الحق في حدود الغرض الذي تقرر له من أجله ، من غير شطط أو إساءة أو إسراف . وإعمالا لهذه القاعدة ، قضت المحاكم الفرنسية بعدم قيام الإكراه المعيب للرضاء في الحالة التي يهدد فيها الدائن مدينة بمقاضاته ، حتى يحمله على دفع الدين الذي له عليه ، أو تحرير سند به ، أو تقديم كفيل يضمنه (انظر من أحكام القضاء الفرنسي في هذا الصدد نقض — عرائض — ١٧ نوفمبر ١٩٢٥ ، سيري ١٩٢٦/١/١٢١ وتعليق Chambéry — Breton ١٥ مايو ١٩٤٤ ، Gaz. pal. ١٩٤٤/٢/١١١ — نقض فرنسي مدني ٥ يونيه ١٩٦١ ، Bull. Civ ١٩٦١ رقم ٢٨٩ ص ٢٣٠) . وقضت محكمة النقض الفرنسية بأن الأب الذي يتقدم لكفالة دين على ابنه ، خشية إشهار افلاسه . لا يحق له التمسك بإبطال الكفالة على أساس الإكراه (نقض مدني ١٨٧٩/٢/٢٥ ، سيري ١٨٧٩ — ١ — ١٧٣) . أما إذا كان القانون يبيح للشخص أن يهدد غريمه بأمر معين فباشر عليه هذا التهديد . ولكن من أجل الوصول إلى غرض يتجاوز ذلك الذي أباح القانون التهديد من أجله . فإن الإكراه يعتبر متوافراً . ويقع العقد قابلا للابطال ، حيث إن الرهبة هنا تكون بغير وجه حق . وانطلاقاً من هذه الفكرة ، قضت المحاكم الفرنسية بأن الزوج الذي يفاجيء زوجته متلبسه بالزنى ، فيهددها بالتبليغ . فتندفع هي ، خشية العقوبة والفضيحة ، إلى أن تحرر له سنداً بدين ليس عليها في الحقيقة ، فإن تصرفها هذا يقع قابلا للإبطال على أساس الإكراه (نقض — عرائض — ١٩٠٣/٤/٦ ، سيري ١٩٠٤—١—٥٠٥ وتعليق Naquet . وقضت كذلك بأن الشخص الذي يعطي لآخر مبلغاً من المال ، تحت سيف تهديده إياه بتبليغ =

يجيز للشخص بأن يسلط على المتعاقد معه سيف الخوف والرهبة ؛ فإن فعل ، بغية الوصول إلى الغرض الذى سمح القانون بالتهديد من أجله لا أكثر ، ومن غير شطط أو إسراف أو تعسف ، ورضخ غريمه لما طلبه منه ، ما استطاع هذا الأخير أن يدعى أنه كان مكرهاً على إجراء التصرف الذى أبرمه . ومثال

= السلطات الفرنسية عن أنه تسبب فى جعل سلطات الاحتلال الألمانى تعتقله ، يكون له الحق فى إبطال التصرف الذى التزم بمقتضاه باعطاء المبلغ ، تأسيساً على الإكراه (نقض مدنى ١٩٥٤/٦/٣٠ Sem. jur. ١٩٥٤ ، ٨٣٢٥) . وانظر أيضاً : نقض مدنى فرنسى ١٩٥٩/١١/٣ . Gaz. pal. ١٩٦٠-١-١٦ ومنشور أيضاً فى دالوز ١٩٦٠ ص ١٨٧ مع تعليق Holleaux ؛ ومنشور كذلك فى Rev. trim. dr. cv. ١٩٦٠ ص ١٩٥ مع ملاحظات Mazeaud .

ويسير القضاء المصرى ، وعلى رأسه محكمة النقض ، فى نفس الاتجاه الذى يسير عليه القضاء الفرنسى ، فيتطلب بدوره ، لإعمال الإكراه ، أن يكون غير مشروع ، بمعنى ألا يكون مستنداً إلى حق . انظر فى ذلك : نقض ١٩٧٦/٣/٣١ طعن ٤١/١٧٢ق مجموعة النقض س ٢٧ ص ٨١٥ رقم ١٥٧ . وقد جاء فى هذا الحكم : « مفاد نص المادة ١٢٧ من القانون المدنى أن الإكراه المبطل للرضاء لا يتحقق ، على ما جرى به قضاء هذه المحكمة (١٩٧٠/١٢/٨ ، مجموعة النقض س ٢١ ص ١٢١٢ – ١٩٧٣/٢/٢٧ ، مجموعة أحكام النقض س ٢٤ ص ٣٣٦) إلا بتهديد المتعاقد المكره بخطر جسيم محدق بنفسه أو بماله ، أو باستعمال وسائل ضغط أخرى لا قبل له باحتمالها أو التخلص منها ، ويكون من نتيجة ذلك حصول رهبة تحمله على الإقرار بقبول مالم يكن يتقبله اختياراً . ويجب أن يكون الضغط الذى تتولد عنه فى نفس المتعاقد الرهبة غير مستند إلى حق . وهو يكون كذلك إذا كان الهدف هو الوصول إلى شيء غير مستحق ، حتى لو سلك فى سبيل ذلك وسيلة مشروعة » . ويلاحظ فى واقع الدعوى التى صدر فيها الحكم السابق أن المكره (مؤجر دكان) استعمل وسيلة مشروعة ضد ضحية الإكراه (مستأجر الدكان) تتمثل فى تنفيذ حكم صادر له بالطرد ، للوصول إلى غرض غير مشروع وهو قبول ضحية الإكراه (المستأجر) التنازل عن استئناف كان قد رفعه ضد حكم صادر ضده بعدم إنقاص الأجرة . وقضى الحكم بحق بتوافر الإكراه . وانظر فى نفس الاتجاه : نقض ١٩٧٦/١/٢٦ ، طعن ٦٥٥/٤٠ق مجموعة النقض س ٢٧ ص ٣٠١ رقم ٦٨ . وانظر أيضاً : نقض ١٩٧٤/١/٢٢ ، طعن ٣٦٥/٣٨ق مجموعة النقض س ٢٥ ص ٢٠٨ رقم ٣٦ . وقد صدر هذا الحكم فى قضية تتلخص وقائعها فى أن شخصاً استصدر لصالحه حكماً بطرد المستأجر من العين المؤجرة (عين مؤجرة لتكون مدرسة) ، فهدد المحكوم ضده بتنفيذ هذا الحكم ، وجعله تحت سيف هذا التهديد يبيع له المبانى التى أقامها على العين المؤجرة بثمن بخس ويرتضى زيادة الأجرة . وقد قضى الحكم بتوافر الإكراه المبطل للعقد ، برغم أن المؤجر استعمل وسيلة مشروعه ، وهى تنفيذ الحكم بالطرد ، تأسيساً على أنه استهدف غرضاً غير مشروع ، « وهو ابتزاز ما يزيد على حقه » .

الحالة التي نحن بصددها أن القانون يبيح للدائن أن يهدد مدينه بمقاضاته أو بالتنفيذ على أمواله أو بشهر إفلاسه ، استيفاء لحقه منه . فإن هدد الدائن مدينه بأمر مما سبق ، بغية استيفائه دينه لا أكثر ، وأدى هذا التهديد بالمدين إلى أن وفى الدين ، أو أجرى أي تصرف آخر يستهدف ضمان الوفاء به ، كإبرام الرهن ، كان تصرفه صحيحاً ، وما استطاع الطعن فيه على أساس الإكراه ، حتى لو كان هو فى حقيقة الواقع قد أكره على إجرائه[١] و[٢] . إذ أن القانون يمنح الدائن هنا سلطة تهديده ، فالرهبة التي تقوم فى نفسه ، نتيجة لهذا التهديد ، تكون بحق . وقد قدر المشرع أن المصلحة فى أن يتغاضى عن فساد الرضاء إذا جاء نتيجة رهبة تولدت بحق . وبعبارة أخرى ، نتيجة إكراه مشروع [٣] . وبعبارة فقهاء المسلمين ، نتيجة جبر شرعي .

---

(١) وقد تضمن المشروع التمهيدي للقانون المدنى المصرى نصاً يتضمن هذا الحكم ، وهذا هو نص المادة ١٧٨/١ ، الذى يقضى بأنه : « لا يعتبر إكراهاً الخوف من المطالبة بحق ، ما لم يستغل الضيق الذى وقع فيه الطرف المهدد ، فيبتز منه ما يزيد كثيراً على ما فى ذمته من حق » . وقد حذف هذا النص ، لعدم الحاجة إليه (راجع مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى ج ٢ ص ١٨٥) .

(٢) انظر استئناف القاهرة ٢٨ فبراير ١٩٦١ المجموعة الرسمية س ٦٠ رقم ٦ ص ٤٢ . وقد جاء فى هذا الحكم أنه يشترط فى الإكراه المبطل للعقود أن تكون الوسائل المستعملة غير مشروعة ، ويقصد بها الوصول إلى أغراض غير مشروعة . ومن ثم فالضغط من شخص على آخر عن طريق المطالبة بحق له عليه ، بحيث لا يقصد بهذا الضغط إلا الوصول إلى حقه ، لا يبطل العقد بالإكراه . وقد نصت محكمة الاستئناف المختلطة بأن الأب الذى يتقدم لضمان دين على ابنه خوفاً من مقاضاة هذا الإبن ، لا يستطيع أن يطعن فى عقد الكفالة بالإكراه (استئناف مختلط ٣ يونيه ١٩٢١ ب ٢٣ ص ٣٥١) . وقضت أيضاً بأن انصياع الشركة لدائنيها وتقديم ضمانات لهم تكفل الوفاء بديونهم عليها لا يخولها الطعن فى تصرفها بالإبطال تأسيساً على الإكراه (استئناف مختلط ٢٤ يونيه ١٩٢٤ ب ٢٦ ص ٤٧٩) . وانظر من أحكام القضاء الفرنسى ما سبق لنا أن أشرنا إليه فى ص ٣٦٤ هامش ٣ .

(٣) ونكرر هنا أن الرهبة ، ولو تولدت بحق فى نفس المتعاقد ، من شأنها أن تفسد رضاءه ، إذ أن رضاءه هذا لا يأتى حراً مختاراً ، كما أننا نقرر أن استلزام كون الرهبة متولدة بغير وجه حق لقيام الإكراه المبطل للعقد ، يرجع فى أصله التاريخى فى القانون المعاصر ، للقانون الرومانى ، حيث كان يعتبر الإكراه جريمة جنائية .

وقد جاء أستاذنا الكبير السنهورى يحاول تبرير استلزام أن تكون الرهبة بغير حق ، وبعبارة =

والرأى السائد فى الفقه يتخذ من الغرض المراد الوصول إليه معياراً لتحديد ما إذا كانت الرهبة المتولدة عن الإكراه بحق أو بغير حق . فإن كان هذا الغرض غير مشروع ، اعتبرت الرهبة بغير حق ، حتى لو كانت

= أخرى أن يكون الإكراه غير مشروع . وهو فى ذلك يبدأ الأمر المسلم ، والذى مؤداه أن الإكراه ، مشروعاً كان أم غير مشروع ، يضغط على الإرادة ويفسدها ، وأنه يجوز بالتالى ، وفقاً لمنطق الإرادة ذاته ، إبطال العقد ، حتى فى الحالة التى يكون الإكراه فيها مشروعاً . ولكن فى هذه الحالة الأخيرة ، إذا تمسك العاقد المكره بالإبطال يكون قد فوت على العاقد الآخر الغرض المشروع الذى أراد الوصول إليه بالإكراه المشروع الذى لجأ إليه ، ويعتبر هذا منه تعسفاً فى استعمال حق الإبطال . *والتعسف فى استعمال الحق يستوجب التعويض* . وخير تعويض ما كان عينياً . فيمنع العاقد المكره من طلب الإبطال . ويتبين من هذا التحليل أن العقد يبقى ، لا على أساس الإرادة الحقيقية ، بل على أساس من التعويض أو من الإرادة الظاهرة (راجع السنهورى ، الوسيط ج ١ طبعة ٢ ، ص ٢٧٠ هامش ٢) » .

وهذا القول من أستاذنا محل نظر عندنا . فمن ناحية ، نجد أن تأسيس بقاء العقد فى حالتنا ، بحرمان المتعاقد المكره من إبطاله ، على فكرة التعويض عن العمل غير المشروع أمر غير سائغ . فلا يمكن القول هنا بأن المتعاقد المكره له حق إبطال العقد ، ولكنه يعتبر متعسفاً إذا استعمله . فالمتعاقد هنا وقع بالفعل ضحية الإكراه . وقد تعيبت إرادته حقيقة . فكيف يعتبر متعسفاً فى استعمال حق الإبطال ، إذا كان هو بذلك يسعى إلى الخلاص من عقد لم تأت إرادته حرة فى إبرامه ! ولا يقبل عنه أن يوصم بالتعسف لمجرد أن إبطال العقد ينقض الغرض المشروع الذى سعى غريمه إليه عن طريق تهديده . بقيت فكرة الإرادة الظاهرة التى أثارها الأستاذ الكبير ، ليؤسس عليها بقاء العقد الذى يبرمه المتعاقد تحت تأثير الإكراه المشروع ، أو الرهبة التى تتولد بحق . وهى بدورها فكرة غير مقبولة أصلا . لأنه لا توجد هنا إرادة ظاهرة تخالف إرادة حقيقية . فأمامنا إرادة واحدة ، وهى الإرادة الحقيقية ، ما دام التعبير عن الإرادة جاء مطابقاً تماماً لقصد صاحبه . كل ما فى الأمر أن تلك الإرادة الحقيقية لم تأت عن حرية واختيار ، وإنما عن ضغط وإجبار .

والحقيقة أن *تطلب أن يكون الإكراه غير مشروع* ، وبعبارة أخرى *تطلب أن تكون الرهبة بغير حق* ، لثبوت حق طلب إبطال عقد المكره ، يرجع فى أصله التاريخى للقانون الرومانى ، كما ذكرنا . وهو التبرير الذى يقف عنده الفقهاء الفرنسيون : أما فى القانون المصرى ، فلسنا فى حاجة إلى كل هذا العناء لتبرير أن يكون الإكراه غير مشروع . ذلك لأن مجرد تعيب إرادة المتعاقد ، تحت ظل هذا القانون ، لم يعد كافياً لثبوت حق إبطال العقد ، حتى لو ثبت أن العيب هو الذى دفع المتعاقد إلى إبرامه ، بحيث إنه ما كان ليتعاقد لولاه . فثمة شروط أخرى يتطلبها المشرع ، لاعتبارات معينة قدرها ، كاستقرار المعاملات ومقتضيات العدالة . ومن أهم هذه الشروط اتصال العيب بالمتعاقد الآخر ، على نحو أو على غيره . فليس عجيباً بعد ذلك أن يأتى المشرع المصرى ، فيتطلب فى الإكراه المبطل للعقد أن يكون غير مشروع . حيث إنه فصل هنا — =

وسيلة الإكراه فى ذاتها مشروعة . أما إذا كان الغرض المراد الوصول إليه مشروعاً ، اعتبرت الرهبة بحق ، حتى لو كانت وسيلة الإكراه غير مشروعة ، ما لم تصل إلى حد ارتكاب الجريمة .

وإعمال هذا المعيار يؤدى بنا إلى وجود صور أربع فى مجال الإكراه هى الآتية :

(أ) استعمال وسيلة غير مشروعة للوصول إلى غرض غير مشروع : ومثال هذه الحالة تهديد الشخص بالقتل أو بخطف ابنه أو بالتشهير به أو بإثارة فضيحة حوله ، من أجل الوصول إلى حمله على إبرام تصرف لا يلتزم بإجرائه ، كإعطائه مبلغاً من النقود لمن يهدده ، وحمله على أن يبيع له ماله ، من غير أن يكون له حق لا فى هذا الأمر ولا فى ذاك . ويرى الفقه السائد أن الإكراه يتوافر فى هذه الحالة . ولاجدال فى صحة هذا الرأى . بل أن الإكراه يتواجد هنا فى أبشع صوره .

(ب) استعمال وسيلة مشروعة للوصول إلى غرض مشروع : ومثال ذلك أن يهدد الدائن مدينه بمقاضاته أو بالتنفيذ على أمواله أو بشهر إفلاسه ، حتى يحمله على دفع الدين الذى له عليه أو أكثر . أو تحرير سند به ، أو تقديم رهن أو كفالة لضمانه . والفقه السائد يرى فى هذه الحالة أن الإكراه لايتوافر . لاعتبار الرهبة المتولدة عنه بحق . ولا جدال أيضاً فى صحة هذا الرأى . والقضاء مجمع عليه سواء فى فرنسا [1] أو فى مصر [2] .

(ج) استعمال وسيلة مشروعة للوصول إلى غرض غير مشروع : ومثال هذه الحالة أن يهدد شخص آخر بالتبليغ عن جريمة ارتكبها ، ليحمله على

= وبحق — مصلحة المتعاقد الآخر ، طالما أنه استعمل حقاً يقرره له القانون فى تهديده غريمه ، فى حدود الغرض المحدد ، ومن غير شطط أو إسراف أو إساءة . وفضلا عن ذلك فالمشرع ، بتقريره أن الإكراه المشروع لا يؤثر فى العقد ، يتجاوب مع الفقه الإسلامى الذى يقضى بأن الإكراه بحق ، أو ما يطلق عليه فيه « الجبر الشرعى » يقع غير مبطل للعقد .

(١) انظر الأحكام المشار إليها فى الهامش (٣) من صفحة ٣٦٤ .

(٢) انظر الأحكام المشار إليها فى الهامش ٢ من صفحة ٣٦٧ .

أن يعطيه مبلغاً من المال لا حق له فيه [١] ، أو أن يهدده بأن ينفذ على أمواله بمقتضى دين له ، إن لم يبع له أرضاً لاعلاقة لها بالدين [٢] . والفقه السائد يرى الإكراه متوافراً هنا ، اعتباراً بأن الرهبة المتولدة عنه بغير حق . ولا شك أن هذا الرأي بدوره صحيح . والقضاء في فرنسا وفي مصر ، وعلى رأسه محكمة النقض ، مجمع عليه [٣] .

(د) استعمال وسيلة غير مشروعة للوصول إلى غرض مشروع ، والمثال الذي يعطى عادة لهذه الحالة أن تهدد امرأة عشيقها بالتشهير به لدى خطيبته أو زوجته إن لم يدفع لها مبلغاً من المال ، تعويضاً لها عما نالها من ضرر [٤] . ويرى أكثر الفقهاء هنا أن الإكراه لا يتوافر . إلا إذا كان الأمر المهدد به ينطوي على جريمة [٥] . كما إذا كان تهديد المرأة عشيقها

---

(١) راجع نقض فرنسي – عرائض – ٦ إبريل ١٩٠٣ وتعليق Naquet ، سيرى ١٩٠٤ – ١ – ٥٠٥ السابقة الإشارة إليه . وقد قضى هذا الحكم ببطلان سند حررته زوجة لزوجها بدين عليها له ، حالة كونها غير مدينة في الحقيقة ، وذلك على أثر تهديده إياها برفع دعوى الزنى ضدها . وقد أسس الحكم الإبطال على الإكراه .

(٢) راجع نقض ١٩٧٤/١/٢٢ ، مجموعة النقض س ٥ ص ٢٠٨ السابقة الإشارة إليه .

(٣) انظر من أحكام النقض المصرية : نقض ١٩٧٦/٣/٣١ ، مجموعة النقض س ٢٧ ص ٨١٥ – نقض ١٩٧٦/١/٢٦ ، مجموعة النقض س ٢٧ ص ٣٠١ – نقض ١٩٧٤/١/٢٢ ، مجموعة النقض س ٢٥ ص ٢٠٨ . وانظر من أحكام القضاء الفرنسي : نقض مدني ١٩٥٤/٦/٣٠ Sem. Jur. ١٩٥٤ ، ٨٣٢٥ – نقض مدني فرنسي ١٩٥٩/١١/٣ ، Gaz. Pal. ١٩٦٠ ، ١٩٦٠ ، ١ ، ١٦٠ ، ومنشور أيضاً في دالوز ١٩٦٠ ص ١٨٧ ، ومنشور كذلك في Rev. trim. ١٩٦٠ ص ١٩٥ . والأحكام المذكورة في هذا الهامش سواء أكانت مصرية أم فرنسية أشير إليها فيما سبق .

(٤) يلاحظ هنا أن التصرف الذي بمقتضاه يعطي العشيق لعشيقته مبلغاً من المال ، بعد انتهاء العلاقة الآثمة ، وبغية تعويضها عما نالها من أضرار في الماضي ؛ مثل هذا التصرف يعتبر . في ظل القانون المعاصر ، صحيحاً ، على اعتبار أنه لا يخالف النظام العام . بل إن البعض يعتبره واجباً أدبياً يرتقي إلى مرتبة الالتزام الطبيعي . وذلك بخلاف الهبات التي يمنحها العشيق لعشيقته . بغية حملها على بدء المعاشرة أو الاستمرار فيها ؛ فمثل هذه الهبات تقع باطلة ، لمخالفتها للنظام العام وحسن الآداب .

(٥) انظر ممن يقولون بهذا الرأي : السنهوري . المرجع السابق ، طبعة ٢ ص ٣٧٠ في الهامش . ويرى الفقيه الكبير أنه ما دام الغرض مشروعاً ، فإن الإكراه المبطل للعقد لا يتوافر ، حتى لو استعملت وسائل غير مشروعة. وهو يرى أن هذه القاعدة» ليست في الواقع إلا تطبيقا =

بقتله . إذ أن الرهبة هنا . وإن تولدت بوسيلة غير مشروعة . إلا أن الغرض المقصود منها مشروع . ونحن لا نقر هذا الرأى . إذ أنه لايسوغ للشخص أن يستعمل . فى سبيل الوصول إلى حقه . وسيلة لا يجيزها له القانون [١] .

من هذا يتبين لنا أن الغرض المقصود من الإكراه لايكفى وحده معياراً لتحديد ما إذا كانت الرهبة بحق أو بغير حق . وإنما يلزم أن تضم إليه وسيلة الإكراه ذاتها . فالرهبة تعتبر بحق ، ومن ثم لا يتوافر الإكراه ، إذا استعملت وسيلة مشروعة . سعياً وراء غرض مشروع . وتعتبر الرهبة بغير وجه حق . وبالتالى يقوم الإكراه ، إذا كان الغرض المستهدف غير مشروع . أياً ماكانت الوسيلة المستعملة ، أى حتى لو كانت فى ذاتها مشروعة . كما أن الرهبة تكون بغير حق أيضاً ويقوم الإكراه . إذا كانت الوسيلة غير مشروعة . حتى لو كان الغرض المستهدف منها مشروعاً .

= المبدأ الذى يقضى بأن الغاية تبرر الوسيلة » . وهو يصل إلى حد تقرير أن للشخص أن يستقضى حقه بنفسه ، ما دام لا يتعسف فى ذلك ، وما دام لا يرتكب عملا إجرامياً يعاقب عليه القانون الجنائى . وهذا القول من الفقيه الكبير يقتضى الوقوف عنده . فمن ناحية ، لا يوجد فى القانون مبدأ أن الغاية تبرر الواسطة . بل إن هذا المبدأ يتنافى مع النزعة الخلقية التى تسود القواعد القانونية . ثم إن القول بأن للشخص أن يستقضى حقه بيده غير سليم إطلاقاً . فهو يتناقض مع مبدأ قانونى أساسى ، وهو أنه لا يجوز للشخص أن يأخذ الحق لنفسه بنفسه ، أو أنه ليس للشخص أن يقر العدل لنفسه بنفسه . ملاحظة أخيرة نسوقهـا على قول أورده الأستاذ الفذ السنهورى فى المجال الذى نحن بصدده ، ومؤداه أنه يجوز للشخص أن يهدد آخر — ولو بوسيلة غير مشروعة ، طالما أنها لا تصل إلى حد الجريمة — حتى يحصل منه « على الإقرار بالتزام طبيعى وتحويله إلى التزام مدنى » . وهذ القول محل نظر ، حتى لو سلمنا بأن لإكراه هنا مشروع . إذ أن من مقتضيات الالتزام الطبيعى أن لا جبر فى تنفيذه (المادة ١٩٩/٢ مدنى) ، وإنما يترك أمر أدائه إلى محض أريحية المدين . فإن أجبر المدين بالتزام طبيعى على أدائه أو على التعهد بأدائه مستقبلا ، كان تصرفه غير صحيح ، حتى ولو لم يتوافر الاكراه بالمعنى القانونى الذى يجعل منه عيباً يشوب الرضاء . وانظر من يقولون بالرأى الذى نعارضه أيضاً : **Demogue** ، ج ١ نبذة ٤١٨ — **Planiol, Ripert et Esmein** نبذة ١٩٦ . وانظر من فقهائنا المصريين : عبد المنعم الصده ، المرجع السابق نبذة ١٨١ .

(١) انظر فى اتجاه الرأى الذى نقول به : **Mazeaud** ، المرجع السابق ج ٢ نبذة ٢٠٢ . وانظر أيضاً **De Page** ، المرجع السابق نبذة ٦٠ ، حيث يرى أن الإكراه يتوافر إذا لجأ شخص ، فى سبيل الوصول إلى حقه ، إلى التهديد *باتخاذ إجراءات لا حق له فيها* . ويقول فى تبرير ذلك إن مشروعية الغرض لا تبرر استخدام العنف .

وتحديد ماإذا كانت الرهبة بحق أو بغير حق ، وبالتالى تحديد ماإذا كان الإكراه مشروعاً فلا يمس العقد . أو غير مشروع فيدمغه بالقابلية للإبطال ، هذا التحديد يعتبر من مسائل القانون ، فيخضع قاضى الموضوع فى شأنها لرقابة محكمة النقض [١] .

١٧٥ — الشرط الثانى : الرهبة الدافعة إلى التعاقد :

يلزم أن تكون الرهبة التى تولدها وسيلة الإكراه هى الدافعة إلى التعاقد . بمعنى أنه لولاها لامتنع المكره عن إجراء التصرف .

وشرط كون الرهبة هى الدافعة إلى التعاقد بديهى . ولا صعوبة فيه . إذ أن الإكراه لا يؤثر فى العقد . إلا على أساس أنه يفسد الرضاء . وهو لايعتبر كذلك . إلا إذا حمل المتعاقد بالفعل على التعاقد . فإن ثبت أن المتعاقد . كان ليبرم التصرف . وبنفس الشروط التى تم عليها . حتى لو لم يسلط عليه سيف التهديد . فإن الإكراه لايعتبر مفسداً لرضائه . وفى هذا يتساوى الإكراه مع التدليس والغلط .

١٧٦ — الشرط الثالث : اتصال الإكراه بالمتعاقد الآخر :

يلزم فى النهاية . لإعمال الإكراه باعتباره عيباً يشوب الرضاء ويجعل العقد بالتالى قابلا للإبطال . أن يكون متصلا بمن يتعاقد مع المكره . ويعتبر الإكراه هكذا إذا وقع من نفس المتعاقد مع المكره . كما هى الحال الغالبة فى العمل . بيد أن هذا ليس ضرورياً فيكفى أن يكون المتعاقد مع المكره عالماً بالإكراه أو كان مفروضاً عليه حتماً أن يعلم به . إن وقع من غيره . وهكذا نصل إلى أن الإكراه . كالتدليس تماماً . لايعتبر مفسداً للرضاء . إلا إذا وقع من المتعاقد الآخر . أو كان هذا على علم به . أو كان المفروض

---

(١) انظر : نقض ١٩٧٤/١/٢٢ ، طعن ٣٦٥/٣٨ق مجموعة النقض س ٢٥ ص ٢٠٨ رقم ٣٦ . وقد جاء فى هذا الحكم أن « تقدير كون الأعمال التى وقع بها الإكراه مشروعة هو مما يدخل تحت رقابة محكمة النقض متى كانت تلك الأعمال مبينة فى الحكم . لأن هذا التقدير يكون هو الوصف القانونى المعطى لواقعة معينة يترتب على ما يقع من الخطأ فيه الخطأ فى تطبيق القانون . وانظر فى نفس المعنى : نقض ١٩٧٣/١٢/٢٧ طعن ١٣٦/٣٨ق مجموعة النقض س ٢٤ ص ١٣٥٨ رقم ٢٣٣ .

حتماً أن يعلم به . وفى هذا تقضى المادة ١٢٨ بأنه : « إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين . فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد . مالم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم أو كان من المفروض حتماً أن يعلم بهذا الإكراه » .

ولا توجد فى الحقيقة علاقة بين أثر الإكراه فى إفساد الإرادة وبين الشخص الذى أصدره . أكان هو المتعاقد الآخر أم أجنبيا . ولا بين علم المتعاقد الآخر به أو جهله إياه . فالإكراه يفسد فى واقع الأمر رضاء ضحيته مادام هو قد ولد رهبة فى نفسه دفعته إلى التعاقد . دون اعتداد بعد ذلك بما إذا كان قد صدر من المتعاقد الآخر أم من غيره . أو بما إذا كان هذا المتعاقد الآخر يعلم به أو لا يعلم . ولكن المشرع لاحظ . من ناحية أخرى . أن العدالة تقتضى ألا يهدر العقد ، إضراراً بصالح المتعاقد الآخر . إذا كان هذا الأخير حسن النية تماماً . بأن لم يقم بالإكراه ولم يعلم به عند التعاقد وما كان مفروضاً حتماً أن يعلم به وقتئذاك . وحسب من وقع ضحية الإكراه هنا أن يرجع بالتعويض على من أكرهه .

ويلاحظ أن مقتضى التقيد بحرفية نص المادتين ١٢٧ و ١٢٨ أن يؤدى بنا إلى عدم إعمال نظام الإكراه ، إلا إذا كان واقعاً من المتعاقد الآخر ، أو كان هذا الأخير عالماً به أو كان المفروض أن يعلم به حتماً . بيد أنه يلزم التوسعة فى ذلك والقول بإعمال الإكراه إذا وقع من النائب . كالولى والوصى والقيم والوكيل . لأن النائب . وإن كان لا يعتبر من الناحية القانونية هو المتعاقد . فهو الذى يمثله فى إبرام العقد . وأغلب الظن أنه قد جاء سهواً من المشرع ألا يذكر النائب ليعطى الإكراه الواقع منه حكم الإكراه الحاصل من أصيله . على نحو ما فعله فى خصوص التدليس (المادة ١٢٥ / ١) . وأياً ماكان الأمر . فينبغى هنا قياس الإكراه على التدليس . والقول بأنه يعيب مثله الرضاء ، ليس فقط إذا وقع من المتعاقد الآخر . بل أيضاً إذا وقع من نائبه . كما أننا نرى هنا وجوب التوسعة فى المقصود بالنائب ليشمل كل من يكلفه المتعاقد بالعمل على إجراء الصفقة لحسابه كالسمسار المكلف والتابع [١].

---

(١) راجع ما سبق ، نبذة ١٦٥ .

كما إنه يلاحظ أنه ، وإن كان من شأن حرفية نص المادتين ١٢٧ و ١٢٨ أن تقتضى وجوب توافر شرط اتصال الإكراه بالمتعاقد الآخر فى جميع أنواع التصرفات . إلا أننا نرى مع ذلك قصر تطلبه على المعاوضات وحدها ، دون التبرعات . شأن الإكراه فى ذلك شأن ما قلناه فى صدد التدليس ، وتأسيساً على نفس الاعتبارات [١] .

١٧٧ — أثر الإكراه :

بينا فيما سبق شروط الإكراه . وإذا توافرت هذه الشروط ، أنتج الإكراه أثره . ويتركز هذا الأثر فى دمغ العقد بالقابلية للإبطال لمصلحة من جاء رضاؤه متعيباً ، أى لمصلحة الطرف الذى وقع ضحية الإكراه [٢] .

ويثبت حق طلب الإبطال للمكره ، سواء دفعه الإكراه إلى قبول التعاقد ذاته ، أم اقتصر على حمله على قبول شروط أقسى وأشد وقراً مما كان يقبل بها العقد من غيره ، شأن الإكراه فى ذلك شأن التدليس [٣] .

وإذا كان الإكراه يعتبر عيباً يشوب الرضاء ، ويجعل بالتالى العقد قابلا للإبطال ، فإن ذلك لا يجعلنا نغفل عن مكنون ذاته ، من أنه يتمثل من صاحبه عملا خاطئاً من شأنه أن يشغل مسئوليته التقصيرية . وعلى ذلك يجوز لضحية الإكراه ، إلى جانب الخيار المتاح له بين التمسك بالعقد وإبطاله ، أن يطلب التعويض عما ناله من ضرر ممن أوقع به الإكراه ، إذا كان لهذا التعويض محل . وإذا وعينا هذا الأمر ، أدركنا أنه يجوز لمن يكره على إبرام عقد معين بشروط تبهظه الإبقاء على العقد ذاته ، إذا كان فيه راغباً ، بأن

---

(١) راجع ما سبق ، نبذة ١٦٦ .

(٢) وهذا الحكم ، إن خالف السائد عند الشافعية والجعفرية ، حيث يقع عقد المكره بـطلا عندهم ، وإن خالف ما يقول به فقهاء الحنفية من وقوع عقد المكره موقوفاً أو فاسداً على خلاف بينهم ، فهو يتفق مع مذهب المالكية ، حيث يبشرون بوقوع عقد المكره منعقداً غير باطل وصحيحاً غير فاسد ، ونافذاً غير موقوف ، ولكنه يكون غير لازم ، حيث يثبت للمكره خيار الفسخ .

(٣) راجع ما سبق ، نبذة ١٦٨ .

لا يتمسك بإبطاله . ويتخلص فى نفس الوقت من الشروط المبهظة التى أكره على ارتضائها على أساس المسئولية التقصيرية ، إذا توافرت شروطها . اعتباراً بأن ذلك يتمثل تعويضاً عينياً للضرر الذى أوقعه به الإكراه . وفى ذلك يتشابه الإكراه مع التدليس .

١٧٨ — هل تصل الخشية التأدبية إلى مرتبة الإكراه؟

بعد أن بينا شروط إعمال الإكراه وأثره ، يحسن بنا أن نتناول بعض الحالات العملية التى ثار حولها الجدل . ومن هذه الحالات الخشية التأدبية ، أو السطوة الأدبية Crainte révérentielle التى يستشعرها شخص معين نحو آخر ، نتيجة ما يكنه له من عظيم الاحترام والتقدير والإجلال .وهذه ـ على وجه الخصوص ، وبصفة عامة ، هى حالة الابن بالنسبة إلى أبيه ، والمرءوس بالنسبة إلى رئيسه ، والتلميذ فى مواجهة أستاذه ، والمتدين مع رجل الدين .

فى هذه الحالات ومثيلاتها ، نجد أن ثمة نفوذاً أدبيا يكون لشخص على آخر . للأب ، مثلا ، على إبنه . وهذا النفوذ قد يولد فى نفس من يقع عليه رهبة قد تؤدى به إلى الانقياد والانصياع . فهل يعتبر ذلك إكراهاً ؟ لو أن الأب ، مثلا ، عرض على ابنه إجراء تصرف قانونى معين كبيع أو إيجار أو هبة ، فرضخ الابن لمشيئة أبيه ، وأجرى التصرف على نحو ماطلبه منه ، لمجرد الخشية من أن يغضبه ، وبتأثير السطوة التأدبية عليه ، فهل يجوز هنا للابن أن يطعن فى التصرف بالإكراه ، بمقولة إنه أجراه تحت تأثير الخشية التأدبية نحو أبيه ، وبالتالى تحت سلطان رهبة تولدت فى نفسه ؟

القاعدة فى ذلك أن مجرد النفوذ الأدبى أو الخشية التأدبية أو السطوة الأدبية لا يعتبر إكراهاً ، طالما لم يقترن به عمل مادى من أعمال التهديد أو الضغط [1] . فالنفوذ الأدبى أو الخشية التأدبية أمر يستشعره المرء بذات

---

(١) وقد صرحت بهذا الحكم كثرة من القوانين . فالمادة ١١١٤ مدنى فرنسى تقضى بأنه : « مجرد الخشية الناتجة من الإجلال نحو الأب أو الأم أو غيرهما من الأصول ، ومن غير مباشرة أى إكراه لا يكفى إطلاقاً لابطال العقد » . وتقضى المادة ٥١ من قانون الالتزامات والعقود =

نفسه وعلى نحو تلقائى . ومن غير أن يعمد الأب ، مثلا . إلى أن يبعثه فى نفس ابنه . فى حين إنه ينبغى القول بأن الرهبة التى تعتبر إكراهاً هى تلك التى تُبعث فى نفس صاحبها بفعل فاعل . وذلك واضح تماماً من نص المادة ١٢٧ /١ التى حددت الإكراه على أنه التعاقد من شخص « تحت سلطان رهبة بعثها المتعاقد الآخر فى نفسه . . . » . ومن نص المادة ١٢٨ التى جاءت تقول : « إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين » .

والحقيقة أنه قد تواجدت . منذ بعض الوقت . فى الفكر القانونى المعاصر . فكرة ترمى إلى التوسعة فى نظام الإكراه ، وجعله شاملا لحالات

= المغربية (وتقابلها المادة ٥٥ تونسى) بأنه : « الخوف الناشىء من الاحترام لا يخول الإبطال إلا إذا انضمت إليه تهديدات جسيمة أو أفعال مادية » . وتقضى المادة ٢١٢ لبنانى بحكم مماثل .

وقد جاء المشروع التمهيدى للقانون المدنى المصرى متضمناً بدوره نصاً يصرح بنفس الحكم . فقد قضت المادة ٢/١٧٨ منه بأنه : « ولا يعتبر مجرد النفوذ الأدبى ، إذا لم يصحبه تأثير غير مشروع ، سبباً كافياً لإبطال العقد » . وقد علقت المذكرة الإيضاحية على هذا النص بقولها : « ... والتطبيق الثانى خاص بالنفوذ الأدبى . وهو بمجرده لا يعيب العقد وإنما يعيبه إذا صحبه (الإكراه) وفقاً لعبارة المشروع الفرنسى الإيطالى (المادة ٢٠) ، أو إذا كان هناك تأثير غير مشروع . على حد تعبير المشروع . ويقصد بعبارة « التأثير غير المشروع » استغلال أو إساءة الاحترام الواجب لوالد أو لرئيس أو لرجل من رجال الدين ... الخ ، بقصد ابتزاز مغنم فاحش أو منفعة مفرطة . وعلى هذا الوضع ، يكون النص أرحب سعة مما لو اقتصر الأمر على اشتراط توافر عمل معين من أعمال الإكراه .. » . وقد حذف نص المادة ٢/١٧٨ من المشروع التمهيدى ، فلم يأت فى القانون المدنى المصرى اكتفاء بالنص الذى تضمن الاستغلال .

وانظر من أحكام القضاء التى قضت بأن مجرد الخشية التأديبية أو النفوذ الأدبى . وبدون اقترانها بإجراء مادى للتهديد أو الضغط . لا يعتبر إكراهاً : نقض مدنى ١٩٤٣/٢/٢٥ . مجموعة عمر ج ٤ ص ٥٩ رقم ٢٩ . وقد جاء فى هذا الحكم أن مجرد النفوذ الأدبى أو هيبة الأقارب لا يكفى لبطلان العقد . بل يجب أن يقترن ذلك بوسائل اكراه غير مشروعة . وانظر أيضاً نقض ١٩٤٥/٤/١٢ . مجموعة عمر ج ٤ ص ٦٢٨ رقم ٢٣٧ . وأنظر كذلك نقض ١٩٧٠/٦/٩ ، طعن ٣٦/١٤٢ ق مجموعة النقض س ٢١ صض ١٠٢٢ رقم ١٦٣ . وانظر استئناف أسيوط ١٩٤٢/٢/١٢ . المحاماة س ٢٢ ص ٦٩٨ رقم ٢٤٤ . وقد قضى هذا الحكم برفض دعوى إبطال عقد أبرمتاه امرأتان لأخيهما . حالة كونهما متزوجتين وتعيشان فى استقلال عنه . لعدم إمكان القول بوقوع وسائل ضغط منه عليهما حملتاهما على قبول ما لم تكونا تقبلانه اختياراً .

يرى الشخص نفسه فيها مضطراً إلى إبرام التصرف . من غير أن يوجه إليه ضغط أو تهديد من أحد . كما هو الشأن فى الحالات التى يرتضى فيها التصرف تحت تأثير مجرد الخشية أو السطوة التأدبية . أو تحت تأثير الخوف من خطر ولدته الظروف المحيطة ذاتها . ومرد ذلك إلى الرغبة فى حماية المتعاقد . وهى من بعد رغبة نبيلة لها ما يبررها . بيد أن هذه الفكرة تواجدت فى ظل القوانين التى بقيت ملتزمة بالفكر التقليدى . كالقانون الفرنسى وقانوننا القديم . وهو فكر يقصر عيوب الرضا على الغلط والتدليس والإكراه . أما وقد أخذ عيب رابع من عيوب الرضاء . وهو الاستغلال . يثبت أقدامه فى الفكر القانونى المعاصر وتتحدد معالمه . وأخذ به قانوننا المصرى الحالى بالفعل . فإنه يتعين أن يقصر الإكراه على أصيل مدلوله . تاركاً أمر الحالات التى أريد إقحامها عليه . لتجد مكانها الصحيح فى دائرة الاستغلال (١) .

وإذا كانت الخشية التأدبية لاتعتبر فى ذاتها إكراهاً . إلا أنه يمكن الطعن بسببها فى العقد ، إذا عمد من تُستشعر نحوه إلى أن يفيد منها . للحصول ممن يحسها على مغنم فاحش أو منفعة مفرطة . وذلك ليس تأسيساً على الإكراه . وإنما تأسيساً على الاستغلال . الذى سوف نعرض لدراسته بعد قليل . وإذا

---

(١) ويلاحظ ، فى خصوص الخشية التأدبية أو السطوة الأدبية وكذلك فى خصوص الرهبة المتولدة من الظروف التى سوف نعرض لها بعد قليل ، يلاحظ فى خصوص هذين الأمرين كليهما ، أن المشروع التمهيدى لقانوننا المدنى المصرى جاء ، فى نصوصه وفى مذكرته الإيضاحية ، مضطرباً حائراً بين الإكراه والاستغلال . فقد جاءت المادة ١٧٨ من المشروع التمهيدى (وقد حذفت فى لجنة المراجعة) ، فى خصوص الرهبة المتولدة من الظروف ، تقول إن العقد لا يعتبر قابلا للإبطال بسبب الإكراه ، إذا كان الطرف الآخر حسن النية « ولم يقصد أن يستغل الطرف الآخر » . وقد جاءت المذكرة الإيضاحية عن المادة ١٧٨ الآنف ذكرها ، فى خصوص الخشية التأدبية ، تقول بدورها إن التأثير غير المشروع الذى من شأنه أن يجعل العقد قابلا للإبطال يقصد به « استغلال أو إساءة استعمال الاحترام الواجب لوالد أو رئيس أو لرجل من رجال الدين . . . بقصد ابتزاز مغنم فاحش أو منفعة مفرطة » . وفى خصوص الرهبة المتولدة من الظروف ، جاءت المذكرة تقول إن من يجد غيره مهدداً بخطر جسيم « فيستغل هذا الموقف . فهو وإن لم يكن المتسبب فى الظرف الملجىء ، إلا أنه انتفع به لحصول على مغنم فاحش » .

كان بعض الفقهاء وبعض أحكام المحاكم فى فرنسا ، وكذلك فى مصر تحت ظل قانوننا المدنى القديم [١] . قد قالوا بإمكان الطعن بالإكراه فى حالة إبرام التصرف تحت تأثير الخشية التأدبية ، فلهم فى ذلك عذرهم المتمثل فى قصدهم النبيل فى إبطال العقد . إذ أن الاستغلال لايعتبر إلى الآن من عيوب الرضاء فى فرنسا . وكذلك كان الشأن فى مصر قبل صدور قانوننا المدنى الحالى . أما الذى يدهش حقاً هو أننا لازلنا نرى الكثيرين من فقهائنا يقولون . تحت ظل قانوننا الحالى . بأن الخشية التأدبية تعتبر إكراهاً . إذا استهدف بها الوصول إلى غرض غير مشروع [٢] .

١٧٩ — الرهبة المتولدة من الظروف :

من الحالات التى ثار فيها التساؤل . حول ما إذا كان الإكراه يعتبر متوافراً أم لا . تلك التى يرى الإنسان فيها نفسه معرضاً لخطر جسيم . دون أن يجىء هذا الخطر نتيجة فعل أحد من الناس . بل نتيجة الظروف المحيطة وحدها . وتؤدى به هذه الحالة إلى ارتضاء عقد مجحف به . ومثال ذلك أن يشرف شخص على الغرق . فيلتمس النجاة من شخص يراه بجواره . متعهداً له بإعطائه مبلغاً كبيراً من النقود ، لو تقدم لإنقاذه . ومثال ذلك أيضاً أن تستدعى حالة مريض إجراء عملية جراحية عاجلة وخطيرة . فيتفق هو أو أحد من ذويه مع جراح كبير على إجرائها نظير مبلغ باهظ .

---

(١) انظر استئناف أسيوط ٨ مايو ١٩٢٩ ، المحاماة س ٩ رقم ٤٨٧ ص ٨٦١ . وتتلخص وقائع القضية التى صدر فيها هذا الحكم فى أن أحد مطارنة المسيحية . بتأثيره الدينى وسطوته الأدبية تسلط على إمرأة وجعلها تنقاد له ، الأمر الذى أدى بها إلى الرجوع عن وصية كانت قد أبرمتها لصالح بعض أقاربها بأرض معينة . ووقف هذه الأرض على الفقراء . وتنصيب المطران نفسه ناظراً على الوقف ، مع تفويضه فى إنفاق الريع على الفقراء ونحوهم دون ما رقيب عليه فى ذلك . قضت المحكمة ببطلان الوقف . وإن كان قد جانبها التوفيق فى تأسيس البطلان على انعدام الرضاء . وواضح من واقعات النزاع أن المحكمة اعتبرت ما وقع من المطران اكراهاً . ولو أن واقعات النزاع حصلت فى مصر بعد نفاذ قانونها المدنى الحالى الذى أخذ بنظام الاستغلال ، لكان السبيل السوى للطعن فى الوقف هو الاستغلال .

(١) انظر فى هذا الإتجاه : السنهورى ، المرجع السابق نبذة ١٩٧ — حشمت أبو ستيت المرجع السابق نبذة ١٨٣ — عبد المنعم الصده ، المرجع السابق نبذة ١٧٨ .

ومن أهم القضايا التى عرضت على المحاكم الفرنسية فى هذا الصدد قضية السفينة الدنماركية Rolf . وكانت هذه السفينة قد أشرفت على الغرق فى المياه الإقليمية الفرنسية . فالتمس ربانها النجدة من إحدى سفن الإنقاذ . فطالب ربان هذه السفينة الأخيرة مقابلا باهظاً مجحفاً . ولم ير ربان السفينة الأولى مناصاً من القبول ، حتى لا تغرق سفينته بما حملت . ثم طعن بعد ذلك فى عقد الإنقاذ ، تأسيساً على الإكراه . فهل يعتبر الإكراه هنا متوافر حقاً ؟

اختلف الفكر القانونى الفرنسى حول هذا الموضوع اختلافاً كبيراً . ورأى بعض الفقهاء أن الإكراه لا يتوافر فى الحالات التى نحن بصددها . وحجتهم فى ذلك أن أحداً من الناس لا يتسبب فى توليد الرهبة التى تدفع المتعاقد إلى ارتضاء العقد . إذ أنها تتولد بفعل الظروف المحيطة وحدها . ولكن الرأى الغالب فى الفقه الفرنسى يميل إلى السير فى الاتجاه العكسى . بمقولة إن مؤدى نظام الإكراه أن تكون الإرادة غير حرة فيما ترتضيه . أياً ماكان الأمر الذى يؤدى بها إلى عدم حريتها تلك ، حتى لو جاء بفعل الظروف المحيطة وحدها [1] . وهذا الاختلاف فى الرأى فى الفقه الفرنسى وجد صداه فى القضاء الفرنسى . فتغايرت أحكامه بدورها . وإن كان الاتجاه الغالب فيها يميل أيضاً إلى القول بإمكان الطعن بالإكراه [2] .

---

(١) انظر من يقولون بهذا الرأى : Josserand ج ٢ نبذة ٨٨ — .Planiol Ripert et Esmein ج ١ نبذة ١٩٥ — Beudant ج ٨ نبذة ١٢ .

(٢) انظر نقض فرنسى — عرائض — ٢٧ ابريل ١٨٨٧ ، سيرى ١٨٨٧ — ١ — ٣٧٢ . دالوز ١٨٨٨ — ١ ٢٦٣ . وقد قضى هذا الحكم فى قضية السفينة Rolf المشار إليها فى المتن بإبطال اتفاق الإنقاذ وتخفيض المقابل . وقد جاء المشرع الفرنسى ، بعد صدور هذا الحكم بمدة طويلة، وأصدر قانوناً يتمشى مع مضمون الحكم . وهذا هو القانون الصادر فى ٢٠ إبريل ١٩١٦ ، الذى نص على أن «كل اتفاق مساعدة أو إنقاذ أبرم فى وقت الخطر وتحت تأثيره ، يمكن، بناء على طلب أحد طرفيه ، إبطاله أو تعديله من المحكمة ، إذا رأت الشروط المتفق عليها غير عادلة » .

وانظر من أحكام القضاء الفرنسى الأخرى التى قضت بإبطال العقد على أساس الاكراه : Seine ١٢ مارس ١٩٤٥ . .rev. tr ١٩٤٥ ص ١٠٨ وملاحظات Boitard .
وانظر عكس الاتجاه : Clmar ١٣ يوليه ١٩٤٦ ، سيرى ١٩٤٦ — ٢—١٢٤ ، Seine ٧ مايو ١٩٥٤ دالوز ١٩٥٤ J ص ٦٩ .

وفى مصر . الرأى الراجح فقهاً وقضاء يقول كذلك إنه من الممكن الطعن بالإكراه [١] .

والرأى السليم الذى يتمشى مع طبيعة الإكراه ذاتها . ويتوافق مع أصله التاريخى الموروث . هو أن مجرد الرهبة المتولدة من الظروف المحيطة . كالرهبة المتولدة من الخشية التأديبية تماماً : لا يعتبر إكراهاً من شأنه أن يدمغ العقد بالقابلية للإبطال [٢] . فمؤدى الإكراه . بحسب طبيعته نفسها وبحسب أصله التاريخى . أن تبعث الرهبة فى نفس المتعاقد بفعل فاعل . لا أن تتولد تلقائيا بفعل الظروف المحيطة [٣] . ومقتضى ذلك أنه يتوجب أن تكون الرهبة قد ولدت فى نفس المتعاقد بفعل شخص معين . فلا يكفى أن تكون قد انبعثت تلقائيا فى نفس المتعاقد . بتأثير ظروف تواجدت حوله .

وإذا كان الإكراه لايتوافر فى الحالة التى يبرم فيها شخص العقد تحت سلطان الرهبة التى تتولد فى نفسه بفعل الظروف المحيطة : فإنه من الممكن أن يطعن فى العقد على أساس عيب آخر . هو الاستغلال . وذلك إذا لجأ المتعاقد الآخر إلى أن يفيد من حالة الحرج والضيق والاضطرار التى تواجد فيها . فأملى عليه شروطاً تنطوى على عدم تناسب باهظ بين الأخذ والعطاء . بحيث تتمثل تنكراً ظاهراً لشرف التعامل ومقتضيات حسن النية .

وغنى عن البيان أنه إذا كان الفقه فى فرنسا . وفى مصر تحت ظل قانونها القديم . قد قالا بإعمال الإكراه فى الحالة التى يبرم فيها شخص العقد تحت

---

(١) انظر فى ذلك : السنهورى . الوسيط ج ١ ، نبذة ٢٠١ .

(٢) تضمن نص المادة ١٧٨ من المشروع التمهيدى ذكر حالات ثلاثة على اعتبار أن الإكراه لا يتوافر فيها . وهذه الحالات هى : (١) الخوف من المطالبة . (٢) النفوذ الأدبى . (٣) حالة الخوف من خطر تولده الظروف أو ما يطلق عليه حالة الضرورة . وقد قضى النص أنه فى كل هذه الحالات لا يقوم الإكراه . طالما بقيت الأمور فى حدودها القانونية ولم تستغل للوصول إلى ابتزاز المال . وقد حذفت هذه المادة اكتفاء بما جاء فى القانون متعلقاً بالاستغلال . وهذا ما يدل على أن واضعى مشروع القانون المدنى يرون — ونحن — أن تلك الحالات ، فى مجموعها ، تدخل فى نطاق الاستغلال ، ولا تدخل فى نطاق الإكراه .

(٣) راجع ما سبق ، نبذة ١٧٨ .

سلطان الرهبة التى ولدتها الظروف المحيطة . فما ذلك إلا للخلاص من عقود كانت تتنافى مع الشرف ونزاهة التعامل . حالة كون الاستغلال ليس مقرراً تشريعيا . أما فى ظل قانوننا المدنى الحالى ، الذى أقر نظام الاستغلال فى رحابة وسعة . فليست ثمة حاجة تدعونا إلى التخالف مع أصول الأشياء ، طالما أن التوافق معها يصل بنا إلى الغاية المرتجاه .

١٨٠ — الإكراه فى الفقه الإسلامى :

أولى الفقه الإسلامى الإكراه بألغ الاهتمام . واهتمامه به يجاوز إلى حد كبير اهتمامه بغيره مما يدخل . عندنا اليوم . فى زمرة عيوب الرضا . بل إننا لو أردنا النصفة ، لحق علينا أن نقول إن الإكراه هو الأمر الوحيد الذى يتمثل ، فى الفقه الإسلامى . عيباً للرضاء . بمفهوم هذا الاصطلاح فى فقه القانون المعاصر . فهو وحده الذى عالجه فقهاء المسلمين على أساس أنه يؤثر فى التراضى [١] . وهو وحده الذى يتمثل . فى بعض المذاهب الإسلامية ، أمراً يمس انعقاد العقد فيبطله (وهذا ماتقول به الشافعية) . أو يمس صحة العقد فيفسده (وهذا هو الراجح فى فقه الحنفية) .

وأبرز مظاهر اهتمام الفقه الإسلامى بالإكراه أنه عالجه فى إطار نظرية عامة . ولم يعالجه بمناسبة تصرف معين من التصرفات . كما يفعل عادة بالنسبة

---

(١) يفرق فقهاء المسلمين ، بصدد التراضى ، بين ثلاثة أمور :

١ — الإرادة أو القصد : وتتمثل فى عزم الشخص على إتيان الفعل .

٢ — الاختيار : ومؤداه أن تكون للشخص الحرية فى أن يأتى الفعل الذى عزم على إتيانه أو أن يحجم عنه .

٣ — الرضاء : ويقصد به هنا معنى خاص مؤداه أن يكون الشخص مسروراً بما فعل راغباً فيه ومرتاحا إليه (انظر مصطفى الزرقا المرجع السابق ، نبذة ١٨٤ — السنهورى . المرجع السابق ج ٢ ص ٢٠٠ حاشية ١) .

والاكراه ، باعتباره عيباً يشوب الرضاء ، لا يمس إلا العنصر الأخير ، أى عنصر الرضاء . لان المكره يريد التصرف الذى يجريه . وهو يجريه عن اختيار ، إذا كان فى مقدوره أن يتركه . لو قبل على نفسه تحمل الأذى الذى يتهدده . ولكنه لا يكون راضياً عما يفعل . لأنه يأتيه ، لا عن رغبة فيه وارتياح إليه ، ولكن ليدرأ عن نفسه الأذى الذى يتهدده . فهو يأتى الفعل . باعتباره أهون الشرين وأخف الضررين .

إلى التغرير والغبن . الأمر الذى جعل الفقهاء يفردون له ، فى مؤلفاتهم ، باباً خاصاً [١] .

واهتمام الفقه الإسلامى بالإكراه له فيه ما يبرره . فهو ، باعتباره ضغطاً يسلط على المتعاقد ، وفى أغلب الأحيان من المتعاقد الآخر ، يتسق مع النزعة الموضوعية التى تسوده . وأكثر من ذلك ، فالفقه الإسلامى ، باعتباره مرآة الشريعة الدينية السمحة ، يعمل على أن يكون الجزاء رهيناً بالاختيار عند الفرد ، ويحارب بذلك ما يسلط عليه من سبل الضغط والقسر والإجبار . وتمشياً مع هذه الفكرة ، جاء القرآن الكريم يحارب الإكراه فى العقود ، بقوله عز شأنه : « يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل، إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » . وجاء الرسول الأمين يقول : « إن الله دفع عن أمتى الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه » .

ويعرف الإكراه ، فى الفقه الإسلامى ، بأنه « حمل الغير على أن يفعل ما لا يرضاه ولا يختار مباشرته لو خلى نفسه » .

وفقهاء المسلمين ينظرون إلى الإكراه ، باعتباره عيباً يشوب الرضاء ، نفس نظرة القانون المعاصر إليه . فهو لا يعدم الإرادة ولا الاختيار ، وإنما يعدم فقط ما يطلقون عليه « الرضاء » ، بالمعنى الخاص لهذا الاصطلاح عندهم ، والذى يفيد مجرد الرغبة فى الأمر والارتياح إليه [٢] . وهكذا فالاختيار موجود ، ولكنه فاسد .

ويلزم لإعمال الإكراه ، فى ظل الفقه الإسلامى ، توافر الشروط الآتية :

١ — يجب أن يكون الإكراه جسيماً ، بمعنى أن يكون الأذى الذى يتهدد

---

(١) بل أن فقهاء المسلمين ، فى معالجتهم لنظرية الإكراه ، لم يتناولوه فقط على أساس أنه يعيب الرضاء فيما يسمونه التصرفات القولية (وهى التى يقابلها فى لغة القانون المعاصر اصطلاح « التصرفات القانونية ») ، بل أنهم تناولوه أيضاً باعتباره أمراً يمس ما يطلقون عليه التصرفات الفعلية (وهى التى يقابلها فى لغة القانون المعاصر اصطلاح « الوقائع القانونية ») ، مدنية كانت أم جنائية أم دينية .

(٢) انظر ما سبق ص ٣٨١ هامش (١) .

الشخص كبيراً . ويراعى ، فى تحديد جسامة الإكراه ، معيار نسبى ذاتى يتعلق بحالة من يقع عليه، تماماً كما يقضى القانون المعاصر . فما قد يعتبر إكراهاً للمرأة ، قد لايعتبر كذلك بالنسبة إلى الرجل . وكذلك الشأن بالنسبة إلى الضعيف والقوى [١] .

وفى صدد جسامة الإكراه ، يميز الفقهاء بين نوعين : (١) إكراه ملجيء أو تام . وهو الذى يخاف فيه تلف النفس أو أحد أعضاء الجسم ، كالتهديد بالقتل والضرب . (٢) إكراه غير ملجيء أو ناقص . وهو الذى لا يهدد النفس أو أحد أعضاء الجسم . وإنما يقتصر على أن يسبب الاغتمام البين والضيق الشديد [٢] ، فيستطاع الصبر عليه ، من غير تعريض الحياة أو أحد أعضاء الجسم للخطر ، أو من غير فوات النفس أو العضو كما يقولون .

ولا أهمية لتقسيم الإكراه إلى ملجيء وغير ملجيء ، فى مجال العقود [٣] . فكلاهما ينهض عاملا مؤثراً فيها ، بشرط أن يكون جسيماً .

وإذا كان الإكراه جسيماً ، فلا أهمية لما إذا كان يتهدد النفس أو الجسم أو الشرف أو العرض أو المال . كما أنه لا أهمية لما إذا انصب الإكراه على المتعاقد نفسه أم على أحد غيره ، ممن يهمه أمره . بيد أن الظاهر هو أن الفقه الإسلامى ، يلجأ هنا ، كما يقول القانون الفرنسى ، إلى تحديد الأشخاص

---

(١) ويلاحظ أن الفقه الإسلامى يميل إلى تقرير شيء من التناسب بين الخطر الذى يتهدد الشخص والعمل الذى يجبر على إتيانه ، بحيث لا يعتبر الاكراه متوافرا ، إلا إذا كان الأول أشد أذى من الثانى ، وبعبارة أخرى لا يعتبر الاكراه متوافرا ، إلا إذا كان المتعاقد ، بإبرامه التصرف الذى أجبر عليه ، قد درأ عن نفسه أذى أكبر .

(٢) ويبدو أن الفقه الجعفرى يقول بتقسيم الاكراه إلى ملجيء وغير ملجيء فى معنى آخر مختلف تماماً . فالاكراه الملجيء هو ذلك « الذى يعدم الإراده كلية . أما الاكراه غير الملجيء ، فهو ذاك الذى يصدر فيه الفعل بإرادة الفاعل ، ولكن انبعاث الإرادة والقصد وقعا دفعاً للضرر للضرر وخوفاً من التهديد والوعيد بالضرب الشديد أو غيره باتلاف نفس أو قطع عضو أو أخذ مال أو هتك عرض أو حبس ونحو ذلك ... فالملجيء يسلب الإرادة والرضاء . وغير الملجيء يسلب الرضا وطيب النفس ، دون الإرادة (كاشف الغطاء ج ٣ ص ١٥٦) .

(٣) وإنما تظهر أهمية تقسيم الاكراه إلى ملجيء وغير ملجيء فى صدد ما يسمى ، فى الفقه ، بالتصرفات الفعلية ، وهى التى تقابل الوقائع القانونية فى لغة القانون المعاصر .

الذين يعتبر المتعاقد مكرهاً بتهديده بإلحاق الأذى بهم . فهم يتحددون ، فى بعض كتب الفقهاء ، بالابن والأب وكل ذى رحم محرم [١] ، ويتحددون فى البعض الآخر بالابن وحده .

٢ — ويستلزم الفقه الإسلامى أن يكون الإكراه بغير حق ، مثله فى ذلك مثل القانون المعاصر تماماً . فالإكراه بحق ، أو مايسمى فى لغة الفقه الإسلامى «الجبر الشرعى» . لا يؤثر . ومثال ذلك أن يجبر القاضى المدين على بيع أمواله لسداد الديون التى عليه .

٣ — ويستلزم الفقه الإسلامى أن يقع الإكراه من شخص قادر على تحقيق ما أوعد ، أى قادر على تنفيذ تهديده ووعيده . وهذا شرط لايتطلبه القانون المعاصر . ولا نفهم له حكمة . إذ العبرة فى الإكراه بالرهبة التى تتولد فى نفس المكره . وقد تتولد هذه الرهبة فى نفسه ، حتى لو كان غريمه غير قادر على تنفيذ ما أوعده به ، طالما هو يعتقد قدرته عليه .

هذه هى الشروط التى يستلزمها الفقه الإسلامى لإعمال الإكراه . وذلك إلى جانب الشرط البديهى ، وهو كون الإكراه هو الدافع إلى التعاقد .

ويلاحظ أن الفقه الإسلامى يخالف القانون المصرى من حيث إنه لايشترط اتصال الإكراه بالمتعاقد الآخر . فالإكراه ، تحت ظله ، معتبر ، حتى إذا كان واقعاً من غير المتعاقد الآخر ، ودون تواطؤ منه ، وحتى لو كان هذا غير عالم بوقوعه ، بل حتى لو لم يكن فى مقدوره أن يعلم به . بل إن المذهب المالكى يتوسع فى ذلك إلى حد بعيد ، فيعتد بالإكراه ، حتى لو تهيأ مصادفة ، على غير علم من المتعاقد الآخر . ومثال ذلك أن يضطر المدين إلى بيع ماله ، سداداً لديونه . وهذا مايسمى « بيع المضغوط » . فبيع المضغوط ، فى الفقه المالكى ، يأخذ حكم بيع المكره .

---

(١) انظر المبسوط ، ج ٢٤ ص ١٤٣ ، ١٤٤ . وقد أشار إليه الأستاذ السنهورى فى مؤلفه . وانظر أيضاً المادة ٢٨٧ من مرشد الحيران التى تقضى بأنه : « الاكراه بحبس الوالدين والأولاد وغيرهم من ذى رحم محرم أو بعضهم يعدم الرضا أيضاً » .

وإذا توافرت فى الإكراه شروطه ، أنتج أثره . ويختلف أثر الإكراه ، فى الفقه الإسلامى ، باختلاف مذاهبه . وهو يتدرج فيها من العنف إلى اللين .

فعند الشافعية ، الإكراه يبطل التصرف . فيكون عقد المكَره باطلا ، كعقد الصبى غير المميز والمجنون [١] . وهم يستندون فى ذلك إلى قوله تعالى : « لا إكراه فى الدين » . ويقول المذهب الجعفرى بنفس مايقول به الشافعية من بطلان عقد المكره . وهو فى ذلك لايفرق بين الإكراه المادى الذى يعدم الإرادة بالكلية ، وبين الإكراه المعنوى الذى يفسد الاختيار فحسب [٢] .

وعند الحنفية ، يختلف حكم الإكراه . فعقد المكره يقع موقوفاً على إجازته عند زفر . ولكنه يقع فاسداً عند أبى حنيفة وصاحبيه . وهذا هو الرأى الراجح فى المذهب . بيد أن القائلين هنا بالفساد لايقرون لعقد المكرَه نفس حكم العقد الفاسد بوجه عام . بل هم يميزونه عنه بالأمور الثلاثة الآتية : (١) الفساد فى عقد المكره يزول بإجازته ، اعتباراً بأنه يتقرر لمصلحته ، خلافاً للفساد بسبب آخر ، حيث لايزول بالإجازة ، اعتباراً بأنه مقرر حماية لحق الله وليس لحق العبد . (٢) بخلاف العقد الفاسد بوجه عام ، لايزول الفساد فى بيع المكرَه بتصرف المشترى فى المبيع لأحد من الغير . (٣) إذا أكره البائع على البيع لمشتر غير مجبر على الشراء، وتسلم هذا الأخير المبيع ، سقط حق البائع المكره فى التمسك بالفساد ؛ وذلك بخلاف الفساد الذى يلحق العقود بوجه عام ؛ حيث لايحول قبض المشترى المبيع دون حقه فى الفسخ استناداً إلى فساد البيع [٣] .

(١) انظر المبسوط ، ج ٢٤ ص ٥٦ وما بعدها . وقد جاء فى هذا المؤلف القيم ، الذى يعتبر من أمهات كتب الفقه الحنفى ، عرضا للمذهب الشافعى : « وقال الشافعى تصرفات المكره قولا تكون لغوا ، إذا كان الإكراه بغير حق ، بمنزلة تصرفات الصبى والمجنون ... وحجته فى ذلك قوله تعالى : « لا إكراه فى الدين » .

(٢) انظر : كاشف الغطاء ، ج ٣ ص ١٥٣ .

(٣) ويلاحظ أن المذهب الحنفى يضيق من نطاق الاكراه . فهو لا يعمله فى التصرفات التى لا تحتمل الفسخ عنده ، كالزواج والطلاق والعتق والنذر واليمين . وهكذا فطلاق المكره ، فى المذهب الحنفى ، صحيح . ولكنه يقع غير معتبر عند المالكية والشافعية والحنابلة . انظر ابن القيم فى أعلام الموقعين ، ج ٤ ص ٤٣ ، مشار إليه فى مؤلف الأستاذ السنهورى .

أما عند المالكية ، فالإكراه لا يمس انعقاد العقد بالبطلان (كما تقول الشافعية والجعفرية) ولا يمس صحته بالفساد (كما يقول الرأى السائد فى الفقه الحنفى) . ولكنه يقتصر على أن يجعل منه عقداً غير لازم ، بمعنى أنه يثبت للمكره خيار الفسخ .

رابعاً : الاستغلال

١٨١ — الاستغلال exploitation بوجه عام نظام قانونى مؤداه أن يعمد شخص إلى أن يفيد من ناحية من نواحى الضعف الإنسانى يتلمسها فى آخر ، كحاجة ملجئة تتحكم فيه ، أو طيش بين يتسم به ، أو هوى جامح يتملكه ، أو خشية تأدبية تسيطر عليه ، فيجعله يبرم عقداً ينطوى ، عند إبرامه ، على عدم تناسب باهظ بين أخذه منه وعطائه له ، فيؤدى به إلى غرم مفرط ، بحيث يتمثل عقده هذا تنكراً ظاهراً لشرف التعامل ومقتضيات حسن النية .

والاستغلال أمر جد شائع فى العمل . وله صور تكاد تكون تقليدية ، لفرض تكرارها يوماً بعد يوم . ومن هذه الصور أن تستغل زوجة ، فى مقتبل العمر ، دلالها على زوجها الشيخ الهرم ، وما يرتبه هذا الدلال فى نفسه من هوى جامح لإرضائها والتودد إليها ، وتحمله بذلك على أن يهب ماله لها أو لأولادها منه . ومنها أيضاً أن تتزوج عجوز بشاب ، فيستغل هذا فيها هواها الجامح نحوه فى حملها على إجراء التصرف له فى أموالها . ومن هذه الصور كذلك أن يستغل أحد من الناس ، لاسيما من نهاز الفرص منهم ، الطيش والنزق فى أحد من صغيرى السن من الشباب ، وعلى الأخص حديثى العهد بإرث المال عن أقربائهم ، فيجعله يبرم معه عقداً يتضمن له فادح الغبن ، كما إذا استغل طيش الشاب فى جعله يبيع أرضه أو داره بثمن زهيد لا يتناسب البتة مع قيمتها ، أو استغل فيه هذا الطيش لجعله يشترى منه أشياء بأثمان باهظة .

١٨٢ — ويجب عدم الخلط بين الغبن والاستغلال . فالغبن هو مجرد عدم التناسب بين ما يأخذه العاقد وبين ما يعطيه ، ومثاله أن يبيع شخص شيئاً ،

تبلغ قيمته ألف جنيه ، بخمسمائة أو ثمانمائة ، أو أن يشترى هذا الشىء بألفين أو ألف وخمسمائة . وقد يجىء الغبن نتيجة الاستغلال ، كما إذا استغل المشترى الطيش البين أو الهوى الجامح فى مالك الشىء ، فيجعله يبيعه له بثمن زهيد . ولكن ليس من الحتم أن يأتى الغبن وليد الاستغلال . فالعبرة فيه بنتيجة العقد بالنسبة إلى المتعاقد ، دون نظر إلى الوسيلة التى أدت إليها . فالغبن يتوافر ، مثلا ، إذا باع الشخص ماله بثمن بخس ، حتى لو كان هو الذى سعى بنفسه إلى البيع بهذا الثمن ، ولم يفعل المشترى إلا أنه قبل منه ما عرضه عليه .

أما الاستغلال ، فهو ، كما بينا ، الالتجاء عن قصد إلى الإفادة من ناحية من نواحى الضعف الإنسانى فى المتعاقد ، بجعله يرتضى تصرفاً يؤدى به إلى غرم مفرط فادح .

هكذا يظهر أن الفارق بين الاستغلال والغبن يتركز فى أن الأول قد يكون وسيلة تؤدى إلى الثانى ، وإن لم تكن وسيلة حتمية ، حيث إنه من الممكن أن يترتب الغبن دون استغلال . ثم إن الاستغلال ، من ناحية أخرى ، أعم من الغبن ، فيمكن أن يجد له مكاناً فى التبرعات ، إلى جانب المعاوضات ، بل إن التبرعات تتمثل مجاله الرحب الخصيب . وذلك فى حين أن الغبن لايكون بطبيعته إلا فى المعاوضات . فقوام الغبن عدم التناسب المالى أو الاقتصادى بين مايأخذه العاقد وبين مايعطيه ، فلا يكون من ثم إلا فى العقود التى تنطوى على الأخذ والعطاء ، أى فى المعاوضات ، ولا يكون فى التبرعات ، حيث يوجد عطاء بلا أخذ ، وأخذ بلا عطاء . كما أنه لا يوجد ثمة مايمنع من إعمال نظام الاستغلال فى العقود الاحتمالية ، وهى تلك التى لا تتحدد قيمة الالتزامات الناشئة عنها وقت إبرامها ، كعقود التأمين . وذلك فى حين أن الغبن لايتواجد فى هذا النوع من العقود كنظام قانونى من شأنه أن يؤثر فيها ، إذ أنها تقتضى بذات طبيعتها احتمال الكسب أو الخسارة لهذا الطرف فيها أو لذاك [١] .

---

(١) راجع فيما سبق : السنهورى ، المرجع السابق نبذة ٢٠٢ .

١٨٣ — والاستغلال . كعيب يشوب الرضاء ، نظام حديث العهد نسبياً فى دنيا القانون . فهو لم يعرف . كنظام شامل يسرى على التصرفات القانونية فى مجموعها . إلا من عهد ليس بجد بعيد . ولعل القانون المدنى الألمانى [١] هو الذى أوحى بفكرته للمدونات القانونية التى تلته .

أما فى القديم . فلم يكن نظام الاستغلال معروفاً . وقد كان يستعاض عنه جزئياً بنظام الغبن . بل حتى هذا النظام الأخير بقى محدود الأثر . فلم يكن له تأثير فى العقود إلا فى نطاق ضيق محدود . وفى حالات استثنائية خاصة تحددها النصوص .

وفى الوقت الحاضر . وبتأثير نزعة العدالة الاجتماعية من وجه . والرغبة فى مكافحة إفادة البعض من ضعف الآخرين من وجه آخر . بدأ نظام الاستغلال يشق طريقه ويرسخ أقدامه فى عالم القانون . وهو . إذا كان يرجع فى نشأته إلى قوانين البلاد ذات النزعة الجرمانية ، وعلى الأخص القانون الألمانى . إلا أنه امتد ليجد مكاناً رحباً فى قوانين كثير من البلاد الأخرى . حتى البلاد اللاتينية النزعة . وقد أخذ القانون المصرى بنظام الاستغلال (المادة ١٢٩) . ومنه انتقل إلى قوانين بلاد عربية أخرى . كالقانون السورى (المادة ١٣٠) . والقانون الليبى (المادة ١٢٩) . والقانون العراقى (المادة ١٢٥). وأخيراً جاء القانون المدنى الكويتى فأوسع لنظام الاستغلال رحابه . خاصاً إياه بثلاث مواد . هى المواد من ١٥٩ إلى ١٦١ .

١٨٤ — ونظام الاستغلال ذو شقين : فهو . من ناحية أولى . يحارب التفاوت الصارخ بين ما يأخذه المتعاقد وبين ما يعطيه فى التصرفات عموماً . دون الاقتصار على بعض محدد منها . ودون الوقوف على نوعية معينة من العاقدين . متخالفاً فى ذلك مع نظام الغبن . بل إن نظام الاستغلال يسرى أيضاً . وكما سبق لنا أن بينا . على عقود التبرع . ويرى فيها الحقل الخصيب

---

(١) صدر القانون المدنى الألمانى فى ٢٦ أغسطس ١٨٦٦ ، وتنفذ فى أول يناير ١٩٠٠ .

لإعماله . فى حين أنها تتمثل مجالا مستغلقاً على الغبن . ومن ناحية ثانية ، لا يحارب الاستغلال التفاوت الصارخ بين الأخذ والعطاء أو الإفراط فى الغنم ، إلا إذا جاء نتيجة استغلال ناحية من نواحي الضعف الإنسانى فى العاقد . ذلك الضعف الذى رأته المادة ١٢٩ متمثلا أساساً فى الطيش البيّن والهوى الجامح .

وقوام الاستغلال أمران ، يتمثل أحدهما وسيلة تستّهدف الوصول إلى الثانى . فهو يقوم على استغلال الضعف الإنسانى فى العاقد . بغية الوصول منه إلى غنم مفرط .

وقد غلّب القانون الألمانى الأمر الأول . فنظر إلى الاستغلال من زاوية أنه ينطوى . فى المقام الأول . على استغلال الضعف فى المتعاقد . وقد أدى به ذلك إلى أن يرى فيه مخالفة لحسن الآداب ، من شأنها أن تدمغ التصرف بالبطلان المطلق [1] (المادة ١٣٨ ألمانى) .

ولكن النظرة الألمانية لنظام الاستغلال لم تسد فى الفكر القانونى المعاصر . حتى فى البلاد الأخرى التى تسير قوانينها على النهج الجرمانى . كمدونة الالتزامات السويسرية . ذلك لأن استغلال الضعف فى العاقد . وإن كان يتمثل تنكراً لشرف التعامل . إلا أنه مع ذلك لايصل فى تدنيه إلى مرتبة الأعمال التى تعتبر مخالفة لحسن الآداب . على نحو ما يقصد بهذا الاصطلاح .

وإذا كان الفكر القانونى لم يتقبل النظرية الألمانية للاستغلال على اعتبار أنه ينطوى على مخالفة لحسن الآداب . فقد نظر إليه على اعتبار أنه يتمثل عيباً فى الرضاء . متأثراً فى ذلك بمشروع القانون الفرنسى الإيطالى (المادة ٢٢) . الأمر الذى دعاه إلى أن يرى الجزاء المترتب عليه لايتمثل فى بطلان التصرف ، وإنما يتمثل . فى أبعد الحدود . فى دمغه بالقابلية للإبطال .

وقد آثر القانون المدنى المصرى أن يتمشى مع هذه النزعة الأخيرة .

---

(١) راجع المذكرة الإيضاحية عن المادة ١٧٩ من المشروع التمهيدى التى أصبحت بعد التعديل المادة ١٢٩ من القانون ، مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ١٩٠ .

وهى من بعد النزعة التى تنتهجها قوانين أغلب الدول التى أخذت بنظام الاستغلال [١] .

وقد راعى المشرع ، فى اعتبار الاستغلال عيباً فى الرضاء ، أن ناحية الضعف فى العاقد التى تستغل فيه ليبرم تصرفاً يؤدى به إلى الإفراط فى الغرم ، تصل به إلى أن رضاءه لا يكون تام السلامة . فهو إما أن يأتى عن غير كامل بينة ، كما لو استغل فيه طيشه البيِّن . وإما أنه يأتى عن غير كامل اختيار ، كما لو استغل فيه الهوى الجامح الذى يتملكه ويؤسره . وإذا كان عدم اكتمال البينة أو عدم اكتمال الاختيار فى العاقد لا يصلان إلى مرتبة الغلط أو الإكراه على النحو العادى المألوف ، فإن مجيأهما وليدى الاستغلال ينهض بهما إلى درجة إن لم تصل إليهما ، فهى تقاربهما . فكأن الاستغلال لا يعدو ، فى الحقيقة ، أن يكون توسعاً فى عيوب الرضا التقليدية ، لاسيما الإكراه والغلط . وهو توسع يشفع له قيام الاستغلال على التنكر لشرف التعامل تنكراً مزدوجاً يشمل الوسيلة والغاية فى آن معاً . فهو يقوم على استغلال الضعف فى العاقد ، بغية الوصول إلى الإفراط الفاحش فى الغنم .

١٨٥ — شروط الاستغلال :

ركز القانون المدنى شروط إعمال الاستغلال وأثره فى المادة ١٢٩ ، التى جاءت تقضى بأنه : « ١ — إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد أو مع التزامات المتعاقد الآخر ، وتبين أن المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامحاً ، جاز للقاضى بناء على طلب المتعاقد المغبون أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد . ٢ — ويجب أن ترفع الدعوى بذلك خلال سنة من تاريخ العقد ، وإلا كانت غير مقبولة . ٣ — ويجوز فى عقود المعاوضة أن يتوقى الطرف الآخر دعوى الإبطال ، إذا عرض مايراه القاضى كافياً لرفع الغبن » .

---

(١) ومن هذه القوانين مدونة الالتزامات السويسرية (المادة ١١) ، والقانون البولونى (المادة ٤٢)، والقانون الصينى (المادة ٧٤)، ومشروع القانون الفرنسى الإيطالى (المادة ٢٢) .

ومن هذا النص يبين أنه يلزم . لقيام الاستغلال وإنتاجه أثره . توافر الشروط الثلاثة الآتية : (١) استغلال الطيش البيّن أو الهوى الجامح فى المتعاقد . (٢) الوصول بالاستغلال إلى تحميل المتعاقد بغرم مفرط . (٣) أن يكون الاستغلال هو الدافع إلى التعاقد .

ونتناول . فيما يلى . كلا من هذه الشروط بالإيضاح .

١٨٦ — الشرط الأول : استغلال الطيش البيّن أو الهوى الجامح :

قوام نظام الاستغلال وأساسه هو أن يعمد شخص إلى أن يفيد من ناحية من نواحى الضعف الإنسانى يتلمسها فى آخر . ليحصل منه على غنم فادح ويحمله بالتالى بغرم مفرط . فيعمل نظامنا على أن يفوت عليه قبيح قصده . فنظامنا يتسم بنزعة أخلاقية ظاهرة . بل إن هذه النزعة هى سر وجوده . وبذرة نشأته [1] .

وإذا تمشينا مع منطق الأمور ذاته : وجدنا أن كل مظهر من مظاهر الضعف الإنسانى ، أياً ما كان نوعه أو طبيعته . من شأنه أن يقيم الاستغلال . طالما أنه قد استغل بالفعل فى صاحبه . ومع ذلك فقد قصرت المادة ١٢٩ مظاهر الضعف الإنسانى ، التى يمكن أن تكون محلا للاستغلال : على الطيش البيّن والهوى الجامح . بعد أن كانت المادة التى تقابلها فى المشروع التمهيدى (المادة ١٧٩) مرنة فضفاضة . ذاكرة الحاجة والطيش وعدم الخبرة وضعف الإدراك وعلى العموم عدم صدور الرضاء عن اختيار كاف [2] .

---

(١) وهذا ما أدى بالقانون الألمانى — وهو الذى أوحى للفكر القانونى المعاصر بنظام الاستغلال — إلى أن يدمغ التصرف الذى يأتى نتيجة الاستغلال بالبطلان المطلق ، اعتباراً بأنه يتنافى مع حسن الآداب . وفى ذلك تقضى المادة ١٣٨ ألمانى بأنه : « يقع باطلا كل تصرف مخالف لحسن الآداب . ويبطل على الأخص كل تصرف قانونى يصل بمقتضاه شخص — باستغلاله حاجة الغير أو خفته أو عدم خبرته — إلى أن يأخذ منه لنفسه أو لشخص آخر ، أو يجعله يتعهد بإعطائه هو أو إعطاء هذا الشخص الآخر ، كمقابل لشىء يؤديه ، مزايا مالية تتجاوز هذا المقابل إلى حد أن تلك المزايا — مع مراعاة ظروف الحال — تكون غير متناسبة معه على نحو صارخ » .

(٢) تنص المادة ١٧٩ من المشروع التمهيدى على أنه : « ١ — إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل مطلقاً مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد ، أو لا تتعادل =

وقد جاء هذا التضييق نتيجة مناقشات محتدمة فى لجنة مجلس الشيوخ . جرأت إلى أن تتناول نظام الاستغلال فى ذات وجوده [١] . وكان محور تلك المناقشات خشية البعض من أن يؤدى نظام الاستغلال إلى قلقلة المعاملات وعدم استقرارها ، وهى خشية أثبتت الأيام أنه لم يكن لها مايبررها على الإطلاق . ثم إن تلك المناقشات دارت فى وقت كانت تسود فيه بلادنا نزعة فردية ظاهرة ، حيث لم تكن قد تغلغلت فيها نزعة اليوم ، وهى نزعة قوامها العدالة الاجتماعية التى تستهدف حماية كل ما هو ضعيف . وإذا كان التفسير السليم لنصوص القانون يقوم على أن النص ينفصل عن واضعه بمجرد وضعه ، ليحيا حياته المستقلة ، ويتعايش مع ظروف المجتمع وحاجاته ، ويتأقلم مع النزعات الاجتماعية والاقتصادية التى تسوده . (وهذا هو سر بقاء مدونة نابليون فى فرنسا إلى اليوم) ؛ إذا كان ذلك ، فإنه ينبغى التوسعة فى تفسير نص المادة ١٢٩ بالنسبة إلى نواحى الضعف الإنسانى التى يمكن للاستغلال أن يرد عليها ، برغم مايستبين من المناقشات التى دارت فى خصوصها عند إعدادها من رغبة فى التضييق فيها . ومن حسن الحظ أن الأمرين اللذين ذكرتهما تلك المادة ، وهما الطيش البيّن والهوى الجامح ، يسمحان بتلك التوسعة [٢] .

= مطلقاً مع التزامات المتعاقد الآخر ، بحيث يكون مفروضاً ، تبعاً للظروف ، أن الطرف المغبون قد استغلت حاجته أو طيشه أو عدم خبرته أو ضعف إرادته ، أو بحيث يتبين بوجه عام أن رضاءه لم يصدر عن اختيار كاف ، فيجوز للقاضى ، بناء على طلب الطرف المغبون ، أن يبطل العقد أو أن ينقص التزامات هذا المتعاقد . ويسرى هذا الحكم حتى إذا كان التصرف الذى صدر من المغبون تبرعاً . ٢ — ويجوز ، فى عقود المعاوضة ، أن يتوقى الطرف الآخر دعوى البطلان إذا عرض ما يراه القاضى كافياً لرفع الغبن » .

(١) راجع مناقشات لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ حول المادة ١٧٩ من المشروع التمهيدى ، مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ١٩٣ وما بعدها .

(٢) ويلاحظ أن من بين قوانين بلادنا العربية التى استوحت قانوننا ما اكتفى مثله بذكر الطيش البين والهوى الجامح ، كالقانون السورى فى المادة ١٣٠ ، والقانون الليبى فى المادة ١٢٩ . أما القانون العراقى ، فقد جاء أكثر شمولا ، حيث ذكر الحاجة والطيش والهوى وعدم الخبرة وضعف الإدراك (المادة ١٢٥) . وذكر القانون الألمانى — الذى هو أصل نظام الاستغلال —=

ويقصد بالطيش البيّن عدم الخبرة البالغ بأمر التعاقد والاستهانة الشديدة بعواقبه . ومثال المتسم بالطيش البين الشاب الذى يعميه المال الكثير ، سيما إذا كان حديث العهد بإرثه ، فيندفع فى تصرفاته من غير تدقيق فيها ولا وزن لعواقبها .

أما الهوى الجامح ، فهو ذاك الذى يتمثل فى الرغبة العارمة الملحة العنيفة نحو شخص أو نحو شىء . فهو لا يقوم على مجرد العطف أو المودة أو الحب المتزن [1] . والغالب أن يكون الهوى الجامح نحو شخص . ومثاله التقليدى ذلك الهوى العارم العنيف الذى يتولد فى نفس الرجل ، لاسيما إذا كان متقدماً فى السن ، نحو زوجته ، المرأة الشابة الجميلة التى تخلب منه لبه وتأسر فؤاده وتبسط عليه سلطانها وتجعله طيعاً فى يدها ، تسيره حيث تريد ، طمعاً منه فى إرضائها والتودد إليها . أما الهوى الجامح نحو شىء ، فمثاله أن يعجب أحد غواة التحف بقطعة فنية إلى حد أن تأسر منه عقله وفكره ووجدانه . ومثاله أيضاً أن يشرف شخص على الغرق ، فتستهويه الحياة بعنف الرغبة فيها والخشية من ضياعها [2] . ويمكن هنا بشىء من التوسعة فى التفسير ، اعتبار الاستغلال قائماً تأسيساً على الهوى الجامح فى حالة السطوة التأدبية . ونقصد بها النفوذ الأدبى الذى يكون

= الحاجة والخفة وعدم الخبرة (المادة ١٣٨) . وذكرت مدونة الالتزامات السويسرية الحاجة والخفة وعدم الخبرة (المادة ٢١) . وذكر القانون البولونى الخفة والغباء وعدم الخبرة والحاجة أو الضيق (المادة ٤٢) . وأخيراً جاءت المادة ١٥٩ من القانون المدنى الكويتى ، وهو أحدث التقنينات فى العالم ، فى ثوب رحب فضفاض ، ذكرة الحاجة الملحة والطيش البين والضعف الظاهر والهوى الجامح والسطوة الأدبية .

(١) وقد جاء فى تقرير مجلس الشيوخ عن نص المادة ١٧٩ من المشروع التى أصبحت المادة ٢٩ من القانون أن المقصود بالهوى الجامح « الشهوة الجامحة لا المودة والعطف (راجع الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢٠١) .

(٢) وهذه هى واقعات قضية السفينة الدنمركية Rolf المشهورة التى سبق لنا أن أشرنا إليها ، ذاكرين أن القضاء الفرنسى حكم فيها بتخفيض مقابل الانقاذ تأسيساً على الإكراه ، اعتباراً بأن القانون الفرنسى لا يقر إلى اليوم نظام الاستغلال كعيب يشوب الرضاء ، وأن الأولى بالاتباع هو الاستغلال ، فى ظل القوانين التى تأخذ به . راجع ما سبق ، نبذة ١٧٩ .

لشخص على آخر ، ويبلغ تأثيره عليه من الكبر حداً بحيث يجعله ينقاد إليه ويصدع لقوله . إما عن عقيدة فى صواب رأيه ، وإما خشية إغضابه ، كما هو الشأن ، على وجه الخصوص ، فى السطوة التأدبية التى قد تكون للأب على ابنه . أو للرئيس على مرؤسه ، أو للمعلم على تلميذه . أو لرجل الدين على الدّين [1] . فنى مثل هذه الحالات ، يتولد عادة لدى الشخص رغبة ملحة . أى هوى جامح ، للتودد والتقرب وعدم الإغضاب .

١٨٧ — الشرط الثانى : الغرم المفرط أو التفاوت الصارخ بين الأخذ والعطاء :

رأينا فيما سبق أنه يلزم ، كشرط أول لقيام الاستغلال ، أن يستغل شخص ، فى سبيل جعله شخصاً آخر يرتضى العقد ، طيشه البين أو هواه الجامح . ومضمون هذا الشرط لايعدو أن يكون مجرد وسيلة يلجأ إليها صاحب الاستغلال ، وتستّهدف تحميل ضحيته بغرم مفرط يتجاوز المدى والحدود . ويتمثل تفاوتاً صارخاً بين أخذه وعطائه . وهذه الغاية هى مضمون الشرط الثانى ، لإعمال نظام الاستغلال .

فلا يكفى ، للطعن فى العقد على أساس الاستغلال ، أن يلجأ شخص إلى استغلال الضعف الإنسانى فى آخر وحمله بذلك على مجرد إبرام العقد ، وإنما يتوجب أن يصل من وراء هذا الاستغلال إلى تحميل المتعاقد الآخر بغرم مفرط ناجم عن التفاوت الصارخ بين أخذه وعطائه . وفى ذلك تقضى المادة ١٢٩ / ١ بأنه : « ١ — إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين لا تتعادل البتة مع ما حصل عليه هذا المتعاقد من فائدة بموجب العقد ..» .

فجوهر الاستغلال وأساسه هو التفاوت الصارخ الباهظ الجسيم بين الأخذ والعطاء . فنظامنا لايتغيا المساواة فى العقود . بل هو لا يحارب مجرد عدم

---

(١) وقد لجأ الفكر القانونى ، فى البلاد التى لا يتقرر فيها نظام الاستغلال تشريعياً كفرنسا ومصر تحت ظل قانونها القديم ، إلى نظام الإكراه للطعن فى العقود التى تعقد تحت تأثير السطوة الأدبية . والطريق السوى أن يطعن فى تلك العقود تأسيساً على الاستغلال . راجع ما سبق ، نبذة ١٧٨ .

التناسب البسيط بين ما يأخذه المتعاقد وبين ما يعطيه، وإنما هو يحارب عدم التناسب الفاحش الباهظ الجسيم[1] .

وعدم التناسب الفاحش الباهظ الجسيم ، الذى هو قوام الاستغلال ، يكون ، فى المعاوضات ، بين مايرتبه العقد على كل من طرفيه من التزامات وبين ما يمنحه إياه من حقوق . ففى البيع مثلا ، يكون عدم التناسب بين قيمة المبيع وبين الثمن ، كما إذا استغل شخص طيشاً بيناً فى آخر وجعله يبيعه داره التى تبلغ قيمتها مائة ألف جنيه بخمسين ألف فقط . أما فى التبرعات فيكون عدم التناسب بين مايعطيه المتبرع ، أى قيمة الشىء المتبرع به ، وبين المنفعة الأدبية التى يحققها له المتبرع . وهكذا فإعمال نظام الاستغلال لا يكون فى المعاوضات فحسب ، وإنما يكون فى التبرعات أيضاً ، بل إن التبرعات هى الأساس والمجال الخصب الرحيب لإعمال نظام الاستغلال ، لاسيما لاستغلال الهوى الجامح . وقد حرص المشرع ، فى المادة ١٢٩ / ١ ، على أن يشير إلى ما يفيد إعمال نظام الاستغلال فى مجال التبرعات ، فقال إنه يقوم على عدم التناسب بين التزامات العاقد وبين مايحصل عليه « من فائدة » ، وذلك زيادة على قوله بعد ذلك بقيامه على عدم التناسب بين التزامات المتعاقد المستغل مع « التزامات المتعاقد الآخر » . والأعمال

---

(١) وقد عمدت التقنينات التى أخذت بنظام الاستغلال إلى إبراز هذه الناحية فيه ، وإن كان ذلك بعبارات متغايرة . فالقانون المصرى وما سار على دربه من القوانين العربية الأخرى التى استوحته ، كالقانون السورى (المادة ١٣٠) والقانون الليبى (المادة ١٢٩) عبرت عن التفاوت الصارخ بين الأخذ والعطاء بانعدام التعادل البتة ، فى حين أن القانون العراقى (المادة ١٢٥) اكتفى بالغبن الفاحش . أما القانون الألمانى فأورد عبارة عدم التناسب الصارخ disproportion choquante (المادة ١٣٨) ، وذكر القانون السويسرى (المادة ٢١ من مدونة الالتزامات) عدم التناسب الظاهر disproportion evidente . وجاء مشروع القانون الفرنسى الإيطالى (المادة ٢٢) يقول إن الاستغلال يقوم إذا كانت التزامات أحد المتعاقدين بعيدة عن كل تناسب hors de toute proportion مع الفائدة التى يحصل عليها من العقد أو مع ما يؤديه المتعاقد الآخر ، وهى العبارة التى ترجمها واضعو القانون المصرى بعبارة عدم التعادل البتة . وأخيراً جاء القانون المدنى الكويتى (المادة ١٥٩) يورد عبارة عدم التناسب الباهظ .

التحضيرية قاطعة على سريان نظام الاستغلال على التبرعات [1] إلى جانب المعاوضات .

وإذا كان قوم الاستغلال هو عدم التناسب الباهظ ، فإنه لا يوجد بالضرورة معيار مادى حسابى يتبع فى تحديده . وإنما وضع المشرع لذلك معياراً معنويا مرناً ترك زمامه بيد قاضى الموضوع ، ليحدد على ضوئه ماإذا كان عدم التناسب بين الأخذ والعطاء يصل إلى حد الفحش الذى يقيم الاستغلال من عدمه . وقوام هذا المعيار هو كون إبرام العقد . بالوسيلة التى اتبعت فى حمل ضحية الاستغلال على ارتضائه . وبالغاية التى وصلت به إليه هذه الوسيلة من تحميله بغرم مفرط . يتمثل تنكراً ظاهراً لشرف التعامل ومقتضيات حسن النية أم أنه لايتدنى إلى هذا الحد . والأمر من بعد متروك لقاضى الموضوع يفصل فيه بسلطته التقديرية . من غير تعقيب عليه فى ذلك من محكمة النقض .

وغنى عن البيان أن عدم التناسب الباهظ بين الأخذ والعطاء الذى يقيم الاستغلال هو ذاك الذى يكون قائماً عند إبرام العقد . فلا عبرة لما تصير الأمور إليه فى تاريخ لاحق .

١٨٨ — الشرط الثالث : الاستغلال هو الدافع للتعاقد :

رأينا . فيما سبق . أنه يلزم . لقيام الاستغلال ، أن يستغل شخص فى آخر الطيش البين أو الهوى الجامح . وأن يصل من وراء ذلك إلى تحميله بغرم مفرط يتمثل فى عدم تناسب باهظ بين ما يأخذه بمقتضى العقد وبين ما يعطيه .

وإلى جانب هذين الشرطين ، يلزم توافر شرط ثالث . مؤداه أن يكون

(١) وقد كانت ١٧٩ من المشروع النهائى ، وهى التى أصبحت المادة ١٢٩ من القانون ، تصرح بأن الاستغلال ينطبق على عقود التبرع . فبعد أن بينت هذه المادة شروط توافر الاستغلال والجزاء المترتب عليه ، جاءت تقول : « ويسرى هذا الحكم ولو كان التصرف الذى صدر من الطرف المغبون تبرعاً » . وقد حذفت هذه العبارة ، اعتباراً بأنها من قبيل التزيد . انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢٠١ . بل إن ثمة فكرة ترددت فى مناقشات لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ، طالبت بقصر إعمال نظام الاستغلال على التبرعات وحدها دون المعاوضات (راجع تلك المناقشات فى مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ١٩٣ وما بعدها) .

الاستغلال هو الدافع إلى التعاقد [١] ، بمعنى أن يكون هو الذى حمل الضحية على ارتضاء العقد على نحو ما ارتضاه عليه . بحيث إنه ماكان ليرتضيه على هذا النحو لولاه . وفى هذا يتشابه الاستغلال مع غيره من عيوب الرضاء كافة. وتقدير ما إذا كان الاستغلال هو الدافع إلى التعاقد من عدمه مسألة موضوعية تدخل فى رحاب الواقع ، ومن ثم يكون لقاضى الموضوع فيها القول الفصل . من غير تعقيب عليه لمحكمة النقض ، طالما جاء تقديره مبنياً على أسباب سائغة من شأنها أن تحمله [٢] .

وإذا كان الاستغلال هو الدافع إلى التعاقد ، فسيان بعد ذلك أن يكون قد دفع ضحيته إلى أن يبرم العقد مع من استغله ذاته ، أو مع شخص آخر غيره يعمل لمصلحته [٣] . ومثال هذه الحالة الأخيرة ، أن تستغل الزوجة هوى زوجها الجامح نحوها ، فتجعله يهب ماله لأولادها منه .

١٨٩ — أثر الاستغلال :

بينا ، فيما سبق ، شروط الاستغلال . وإذا توافرت هذه الشروط أنتج الاستغلال أثره .

ويتركز أثر الاستغلال . فى أنه يترخص للقاضى . بناء على طلب ضحية الاستغلال ، ووفقاً للعدالة ومراعاة لظروف الحال ، أن يقضى بإنقاص التزاماته أو بإبطال العقد (المادة ١٢٩ / ١ فى آخرها) .

---

(١)،(٢) انظر نقض ١١/٥/١٩٦٧ طعن ٣٤/٤٥ ق مجموعة النقض س١٨ص٩٧٤ رقم ١٤٦ . وقد جاء فى هذا الحكم : « يشترط لتطبيق المادة ١٢٩ من القانون المدنى أن يكون المتعاقد المغبون لم يبرم العقد إلا لأن المتعاقد الآخر قد استغل فيه طيشاً بيناً أو هوى جامحاً ، بمعنى أن يكون هذا الاستغلال هو الذى دفع المتعاقد المغبون إلى التعاقد . وتقدير ما إذا كان الاستغلال هو الدافع إلى التعاقد أم لا هو من مسائل الواقع التى يستقل بتقديرها قاضى الموضوع ».

(٣) وإذا وقع الاستغلال من غير المتعاقد الذى أفاد منه ، كما إذا استغلت الأم الهوى الجامح الذى يستشعره زوجها نحوها ، وجعلته يهب ماله لولدها ، فإنه لا يلزم علم المتعاقد المستفيد بحصول هذا الاستغلال ، بخلاف ما يتطلبه القانون فى التدليس والإكراه . ولعل المشرع قد تعمد عدم تطلب العلم لدى المتعاقد بحصول الاستغلال من الغير . مراعاة منه للحاجات العملية ، حيث أن كثيرا ما يقع فى واقع حياة الناس أن يقع الاستغلال من شخص لفائدة غيره ، كما هو الشأن على الأخص فى الأم التى تستغل الهوى الجامح الذى يستشعره زوجها نحوها لفائدة ولدها .

فالاستغلال يمنح ، وفقاً للعدالة وماتقتضيه ظروف الحال ، الخيار بين الأمرين الآتيين :

(الأول) إنقاص التزامات ضحية الاستغلال : ويستجاب إلى هذا الخيار إذا رأى القاضي أنه كان من شأن الاستغلال أن أدى بضحيته إلى قبول العقد بشروط أبهظ مما كان يرتضيه من غيره ، أو رأى القاضي أن في ذلك الإنقاص ما يكفي لرفع الإجحاف عنه . ومثال هذه الحالة أن يستغل شخص الطيش البيّن في آخر فيبيعه ماله بثمن باهظ ، فيحكم القاضي ، بناء على طلب المشتري ، بإنقاص الثمن إلى الحد الذي يرفع عنه فاحش الغبن ، أو يستغل ربان سفينة الهوى الجامح نحو الحياة لدى سفينة أخرى تشرف على الغرق ، فيفرض ثمناًباهظاً لإنقاذها ، فيحكم القاضي ، بناء على طلب صاحب السفينة الغارقة ، بإنقاص الثمن إلى الحد العادل[١]. ومثال الحالة التي نحن بصددها أيضاً أن تستغل الزوجة الهوى الجامح الذي يستشعره زوجها نحوها فتجعله يهب الكثير من ماله لها أو لأولاده منهما ، فتحكم المحكمة ، بناء على طلب الزوج نفسه أو ورثته الآخرين من بعده ، بإنقاص المال الموهوب إلى الحد الذي تراه مناسباً .

ويلاحظ أن المادة ١٢٩ / ١ تمنح لضحية الاستغلالالخيار في طلب إنقاص التزاماته هو ، فهي لا تمنحه الحق في أن يطلب من القاضي زيادة التزامات غريمه . على أن لهذا الأخير ، إن شاء ، وفي المعاوضات وحدها دون التبرعات ، أن يعرض زيادة التزاماته إلى الحد الذي يراه القاضي كافياً لرفع الغبن (المادة ١٢٩ / ٣). فإن فعل ، وأدى ما ألزمه به القاضي ، زال كل أثر للاستغلال .

ويلاحظ كذلك أن مؤدى نظام الاستغلال وروحه ، في مجال إنقاص التزامات ضحية الاستغلال ، يأبيان الوصول إلى رفع كل الغبن عنه .

---

(١) وهذا ما قضت به نقض فرنسي – عرائض – ١٨٨٧/٤/٢٧ السابقة الإشارة إليه في قضية السفينة Rolf ، وإن كان حكمها جاء تأسيساً على الإكراه ، لعدم وجود نص تشريعي في فرنسا يقر نظام الاستغلال .

فالمقصود هو رفع الفحش فى الغبن أو الإفراط فى الغرم . وليس المقصود هو إزالة كل الغبن أو كل الغرم . فالغبن البسيط ، أو عدم التوازن القليل بين الأخذ والعطاء ، لا يؤديان إلى قيام الاستغلال أصلا . وعلى ذلك فروح نظام الاستغلال تملى على القاضى . حينما يُطلب منه الحكم بإنقاص التزامات ضحية الاستغلال . ألا يصل إلى الحد الذى يرفع عنه كل مانالته بسببه من غرم . وإنما يرفع عنه ما فحش منه فحسب . والأمر بعد ذلك من اطلاقياته ومتروك لتقديره ، دون أن يكون عليه من محكمة النقض رقيب . فلا يوجد معيار حسابى يلزمه القانون باتباعه .

(الثانى) والخيار الثانى الذى يمنحه الاستغلال لضحيته هو إبطال العقد . فلضحية الاستغلال . إلى جانب إنقاص التزاماته ، أن يطلب من القاضى إبطال العقد ، إذا شاء أن يتخلص نهائيا منه . على أن هذا الخيار ليس مطلقاً . فهو مقيد برخصة تثبت . فى المعاوضات وحدها دون التبرعات . للطرف المستغل فى أن يتّقى إبطال العقد ، وذلك إذا عرض أن يؤدى لضحية الاستغلال مايراه القاضى كافياً لرفع الفحش فى الغبن . وفى هذا تقضى المادة ١٢٩ / ٣ بأنه : « ٣ — ويجوز فى عقود المعاوضات أن يتوقى الطرف الآخر (صاحب الاستغلال) دعوى الإبطال . إذا عرض مايراه القاضى كافياً لرفع الغبن » .

هذان هما الخياران اللذان يمنحهما الاستغلال . وهو يمنحهما بادىء ذى بدء لضحيته ، حيث يترخص له أن يطلب من القاضى الحكم له بما يشاء منهما . ولكن خياره من بينهما ليس له قوة الإلزام . ففوق خياره يقوم خيار القاضى . ذلك الخيار الذى يتحدد له وفقاً لظروف الحال ، وعلى نحو ماتقتضيه العدالة .

فليس يوجد ثمة ما يلزم القاضى بأن يستجيب إلى طلب ضحية الاستغلال إلى إبطال العقد ، حتى لو كانت شروط الاستغلال متوافرة . ولم يلجأ غريمه إلى توقيه على نحو ما يسمح له به القانون . بل إن له أن يرفضه . وهو يفعل ذلك ، إذا رأى أن فى إنقاص التزامات ضحية الاستغلال ،

ما يكفى لرفع الإجحاف عنه [١] . وفى ذلك يختلف الاستغلال فى أثره عن غيره من عيوب الرضاء من غلط أو تدليس أو إكراه . فالأصل فى هذه العيوب الأخيرة ، أنه يتوجب على القاضى أن يحكم بإبطال العقد ، إذا ماطلبه منه ضحيتها ، وكانت الشروط القانونية متوافرة .

وإذا اكتفى ضحية الاستغلال بطلب إنقاص التزاماته هو بما يرفع عنه الإفراط فى الغرم ، فلايجوز للقاضى أن يحكم بإبطال العقد ، إذ أنه تحول دون ذلك قاعدة أنه لايجوز للقاضى أن يحكم بأكثر مما يطلبه الخصوم .

١٩٠ — سقوط دعوى الاستغلال :

دعوى الاستغلال تسقط بمدة بالغة القصر ، وهى مدة ثلاث سنوات تبدأ من تاريخ إبرام العقد . وفى ذلك تقضى المادة ١٢٩ / ٢ بأنه : « ويجب أن ترفع الدعوى بذلك (إبطال العقد أو إنقاص الالتزامات تأسيساً على الاستغلال (خلال سنة من تاريخ العقد ، وإلا كانت غير مقبولة » [٢] .

وفى تحديد سقوط دعوى الاستغلال بسنة واحدة يتخالف الاستغلال مع غيره من عيوب الرضاء ، وهى الغلط والتدليس والإكراه ، كما أنه

---

(١) وأمام سلطة التقدير الرحبة التى يمنحها القانون لقاضى الموضوع فى مجال الاستغلال ، والتى تتمثل فى إنقاص التزامات الطرف المغبون ، أو إبطال العقد ، يحسن بضحية الاستغلال أن يضمن دعواه الأمر الذى يفضله كطلب أساسى ، وأن يشفع ذلك بالبديل الذى يراه ، كطلب احتياطى ، حتى يتفادى بذلك دعوى جديدة ، إذا ما رفض طلبه الأصلى . فاذا استغل فى شخص طيشه البين ، مثلا ، وبيع له من آخر مال بثمن باهظ يتضمن غبناً فاحشاً له ، ورأى فائدته الكبرى فى إبطال البيع ، فإنه يحسن به ألا يكتفى فى دعواه بهذا الطلب ، وإنما يلتمسه من القاضى كطلب أساسى ، ويضيف إليه ، كطلب إحتياطى ، الحكم له بإنقاص الثمن ، حتى إذا ما رأى القاضى أن الحال لا تقتضى الإبطال ، حكم له بطلبه الاحتياطى ، وبهذا يتفادى رفع دعوى جديدة .

(٢) وقد كانت المدة المحددة فى المشروع التمهيدى لدعوى الاستغلال بعنصريها هى ثلاث سنوات تبدأ من تاريخ العقد (المادة ١٩٩) ، ولكنها أنقصت إلى سنة ، دون أن يرد فى الأعمال التحضيرية تبرير لهذا الإنقاص ، ولعله يتمثل فيما راود أعضاء لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ من خوف أن يؤدى إعمال نظام التدليس إلى إحداث قلقلة واضطراب فى المعاملات ، وهو خوف أثبتت السنون الماضية على طولها أنه لم يكن له أساس على الإطلاق .

يتخالف أيضاً مع العيب الذى يلحق العقد نتيجة نقص أهلية عاقده . إذ أنه فى كل هذه الحالات الأخيرة ، يحدد القانون المدة التى يتوجب رفع الدعوى خلالها بإبطال العقد بثلاث سنوات [١] .

ووفقاً لنص المادة ١٢٩ / ٢ ، تبدأ مدة السنة التى تسقط بفواتها دعوى الاستغلال من تاريخ إبرام العقد . وفى ذلك خلاف آخر بين الاستغلال وغيره من عيوب الرضاء من ناحية . وبينه وبين نقص الأهلية من ناحية أخرى . ففى كل هذه الأمور الأخيرة . تبدأ مدة الثلاث سنوات المحددة لانقضاء دعوى الإبطال من تاريخ زوال العيب .

ولو أننا أخذنا بحرفية نص المادة ١٢٩ / ٢ على إطلاقها لتمثل حكمها عيباً تشريعياً فادحاً . إذ أنه فى أكثر الحالات العملية التى يقوم فيها الاستغلال . وعلى الأخص فى حالة استغلال الهوى الجامح ، يغلب أن يستمر العيب الذى يلحق الإرادة قائماً لمدة تزيد على سنة . فكأن دعوى الاستغلال هنا تتمثل دعوى عديمة الجدوى مجدبة الأثر ، وكأننا سلبنا باليسار ماأعطيناه باليمين . لنفرض ، مثلا ، أن زوجة استغلت فى زوجها هواه الجامح نحوها . وجعلته يهبها وأولاده منها ماله ، وامتد به العمر إلى ما يتجاوز السنة . وهو لازال خاضعاً لتأثير الهوى الجامح الذى يستشعره نحو زوجته . ثم مات . وجاء أولاده من زوجة أخرى يطعنون فى الهبة تأسيساً على استغلال أبيهم (وهذه هى أغلب حالات الاستغلال شيوعاً فى واقع حياة الناس) ، فماذا عساه أن يكون الحكم فى مثل هذه الحالة ؟ إن مؤدى حرفية نفس المادة ١٢٩ / ٢ أن يحكم القاضى هنا بعدم قبول دعوى الاستغلال لسقوطها . ولا يمكن ، فى رأينا ، أن يكون ذلك هو قصد الشارع ، حينما قضى بسقوط دعوى الاستغلال بسنة . وإلا كان حكمه أقرب إلى العبث الذى يجب أن ينزه عنه . من أجل ذلك نرى ، تمشياً مع روح نظام الاستغلال والحكمة التى يتوخاها المشرع منه ، تفسير نص المادة ١٢٩ / ٢ على أن المشرع يقصد منه بدء سريان مدة السنة من تاريخ العقد فى الحالة التى يكون

---

(١) انظر ما سيجىء نبذة ٢٣٤ .

أثر الاستغلال قد انتهى بذات إبرامه ، كما إذا استغل شخص الطيش البين فى آخر وجعله يبيع له ماله بثمن بخس . أو استغل ربان سفينة الهوى الجامح لدى ربان سفينة أخرى نحو الحياة له ولسفينته وما حملت ، وجعلته يرتضى عقد إنقاذ بثمن فادح . أما إذا ظل أثر الاستغلال باقياً بعد إبرام العقد ، فلا تبدأ مدة السنة إلا بانقطاعه . مع ملاحظة أن الدعوى تسقط على أية حال بمضى ١٥ سنة من تاريخ إبرام العقد ، تطبيقاً للقواعد العامة (١) .

وفترة السنة التى تنص عليها المادة ١٢٩ / ٢ هى مدة سقوط . ومن ثم فهى لا تقبل ، بعد بدء سريانها ، وقفاً ولا انقطاعاً . ويترتب على فواتها أن يحكم القاضى بعدم قبول الدعوى .

خامساً : الغبن

١٩١ — الغبن Lésion هو الخسارة المالية التى تلحق ، فى عقود المعاوضات ، أحد العاقدين ، نتيجة عدم التعادل بين ما يلزمه العقد بأدائه وبين المقابل الذى يحق له بمقتضاه .

فالغبن لا يكون إلا فى عقود المعاوضات . فهو مجال مستغلق على التبرعات . لأنه يقوم على التفاوت فى قيمة الالتزامات المتقابلة على طرفى العقد (٢) .

والغبن يقوم على مجرد عدم التعادل بين الالتزامات المتقابلة . كما إذا بيع شىء قيمته ألف جنيه بخمسمائة فقط . فهو يتجافى مع مبدأ المساواة فيما تقضى به العقود من الأخذ والعطاء . وبهذه المثابة ، يبرز الغبن عيباً

---

(١) وقد جاء القانون المدنى الكويتى ، التى كان لنا شرف رآسة اللجنة التى أنيط بها وضعه ، يتمشى مع هذا النظر ، فجاءت المادة ١٦١ منه ، بعد أن قضت فى فقرتها الأولى بسقوط دعوى الاستغلال بمضى سنة من وقت إبرام العقد ، تقول ، فى فقرتها الثانية إنه : « على أنه إذا جاء العقد نتيجة استغلال الهوى الجامح أو السطوة الأدبية ، فإن سريان مدة السنة لا يبدأ ، إلا من تاريخ زوال تأثير الهوى أو السطوة ، على أن تسقط الدعوى على أية حال بفوات خمس عشرة سنة من إبرام العقد » .

(٢) راجع ما سبق ، نبذة ١٨٢ .

موضوعيا في العقد نفسه ، وليس عيباً شخصيا يتعلق بالمتعاقد ، وهو من ثم لا يعتبر في ذاته عيباً في الرضاء ، وإن أمكن أن يجيء نتيجة أحد من عيوبه . فمن الممكن أن يأتي الغبن نتيجة غلط يقع فيه المتعاقد في قيمة الشيء . أو نتيجة حيلة خدع بها ، أو تحت تأثير إكراه أوقع به ، أو استغلال ناحية من نواحي الضعف الإنساني فيه . ولكن من الممكن أيضاً أن يجيء الغبن بعيداً عن كل عيوب الرضاء . كما إذا باع شخص شيئاً بأقل من قيمته من غير أن يكون واهماً أو مخدوعاً أو مضطراً أو مستغلا . ونحن هنا نتناول الغبن في صورته الأخيرة ، أي الغبن المجرد .

١٩٢ — ولم يعرف الرومان الغبن . كعيب يؤثر على العقود ، إلا في نطاق جد محدود[١] . بسبب تفشي روح الفردية عندهم ، الأمر الذي أدى بهم إلى أن يتركوا كل متعاقد يتحمل نتيجة ما ارتضاه ، سواء أكان من شأنه أن يعود عليه بالغنم أو الغرم . فلا وزن عندهم ، بحسب الأصل ، لما إذا كان المقابل الذي يأخذه المتعاقد نظير مايعطيه متناسباً أو غير متناسب .

ولم تتولد فكرة الغبن في القانون الأوربي إلا في القرون الوسطى ، وذلك بتأثير من الكنيسة ، التي عمدت ، في سبيل اضفاء الفضيلة على العقود ، إلى المناداة بوجوب قيام التناسب فيما تقضي به من الأخذ والعطاء ، الأمر الذي أدى إلى فكرة وجوب أن يسود العقود مبدأ الثمن العادل Juste Prix أو الأجر العادل Juste Salaire ، فضلا عن الحد من ربوية الفائدة .

وقد تأثر بما بشر به الكنسيون بعض فقهاء القانون الفرنسي القديم ، لاسيما Pothier ، الذي جعل من الغبن بمجرده وذاته سبباً عاماً لإبطال العقود ، وإن وجدنا البعض الآخر منهم يسيرون على غرار ماقال به الرومان من تقليص أثره [٢] .

---

(١) لم يعترف الرومان في الأصل بتأثير للغبن المجرد على العقود ، إلا في الحالة التي كان يلحق فيها القصر ، وإن انتهت مدونة جستنيان إلى الترخيص لبائع العقار أن يطلب إبطال البيع ، إذا كان قد لحقه فيه غبن فاحش .

(٢) انظر Marty et Raynaud ، المرجع السابق ، نبذة ١٥١ .

وأخيراً جاءت مدونة نابليون ، فعادت إلى ماكان يقول به الرومان ، فلم تجعل للغبن أثراً عاماً على العقود . وإنما قصرت أثره على البعض منها ، وذلك فى نطاق بالغ الضيق . يتمثل على الخصوص فى بيع العقار ، إذا ازداد الغبن على البائع بأكثر من $\frac{7}{12}$ (المادة ١٦٧٤) . وفى القسمة ، إذا تجاوز غبن المتقاسم الربع (المادة ٨٨٧) . وفى تصرفات القصر [1] .

والفقه الإسلامى بدوره لا يجعل لمجرد الغبن أثراً فى العقود . إلا فى نطاق جد محدود . يتمثل فى بيع مال اليتيم ومال بيت المال ومال الوقف . وقد حدت به إلى ذلك رغبته فى إحاطة المعاملات بالأمن والاستقرار . فى غير ماتستوجبه مبادىء الإسلام السامية من إضفاء الحماية على من يخشى عليهم من الإهمال أو عدم الرعاية فى التصرف فى أموالهم . وإذا كان الغبن المجرد . بحسب الأصل ، لا ينهض بذاته وبمجرده سبباً للطعن فى العقود . تحت ظل الفقه الإسلامى . فإنه يفلح فى ذلك إذا جاء نتيجة التغرير أو الإكراه .

١٩٣ — الغبن فى القانون المصرى :

الأصل . فى رحاب قانوننا المدنى المصرى . شأنه فى ذلك شأن القانون الفرنسى . وشأن الفقه الإسلامى . أن الغبن بمجرده وذاته ، أى مجرد عدم التعادل بين مايلتزم المتعاقد بأدائه بمقتضى العقد وبين المقابل الذى يقرره له ؛ لاينهض سبباً للطعن فى العقود .

فالغبن وحده . ومن غير أن يأتى نتيجة أحد عيوب الرضاء من غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال . لا يكون له تأثير على العقد ، إلا فى الأحوال الخاصة التى يقضى فيها القانون بحكم مخالف . لحكمة يقدرها .

وإذا جاء الغبن نتيجة أحد عيوب الرضاء ، فإنه لايطعن فى العقد

---

(١) وقد توسع المشرع الفرنسى قليلا فى حالات الغبن ، بعد صدور مدونة نابليون ، وذلك بنصوص خاصة بحالات معينة محدودة ، كشراء السماد والبذور والمواد اللازمة لعلف الحيوان (قانون ٨ يوليه ١٩٠٧ المعدل بقانون ١٠ مارس ١٩٣٧) ، والمساعدة والإنقاذ البحرى والجوى (قانون ٢٩ إبريل ١٩١٦ — المادة ٧ وقانون ٢ مايو ١٩٢٤ المادة ٥٧) ، وبيع حق الملكية الأدبية والفنية (قانون ٢٧ مارس ١٩٥٧ المادة ٣٧).

تأسيساً عليه ، وإنما تأسيساً على العيب الذى جاء نتيجة له . الأمر الذى يقتضى توافر شروط هذا العيب القانونية . فإذا جاء غبن البائع ، مثلا ، نتيجة وقوعه فى غلط فى قيمة المبيع ، أمكن الطعن فى العقد بالإبطال تأسيساً على الغلط ، لاتأسيساً على مجرد الغبن . وإنما يلزم هنا توافر شروط إعمال الغلط التى بيناها ، وعلى الأخص شرط الاتصال بالمتعاقد الآخر . كما أنه يمكن للمغبون أن يعمل على خلاصه من الضرر الذى ألحقه به الغبن . تأسيساً على القواعد العامة فى المسئولية التقصيرية ، إذا جاء الغبن نتيجة عمل غير مشروع كما إذا جاء نتيجة الإكراه أو الاحتيال .

والحكمة التى يتوخاها المشرع ، من تقرير الأصل العام القاضى بأن الغبن بذاته وبمجرده لاينهض سبباً للطعن فى العقود ، بينة واضحة . فهو يريد أن يحيط العقود بالأمن والاستقرار . طالما أنه لايوجد اعتبار أقوى يحمله على أن يؤثره . والقول بغير ذلك يصل بالناس إلى العنت والحرج ، وبالتعامل إلى القلقلة والاضطراب .

وإذا كان الأصل فى الغبن أنه لايصلح بمجرده وذاته سبباً للطعن فى العقود ، فإن هذا الأصل بعيد عن أن يكون مطلقاً . فثمة اعتبارات هامة مختلفة جعلت المشرع يورد على هذا الأصل بعض الاستثناءات .

ومن تلك الاستثناءات مايتعلق بالطبيعة الخاصة لعقود معينة . ومن هذه العقود عقد الوكالة . حيث تجعل المادة ٧٠٩ أجر الوكيل — إذا كانت الوكالة بأجر — خاضعاً لتقدير القاضى . الأمر الذى يخوله إنقاصه . إذا طلب منه ذلك الموكل ، ورآه القاضى مبالغاً فيه على نحو يلحق الغبن الكبير بالموكل . وذلك كله مالم يكن أجر الوكيل قد دفع من الموكل طواعية بعد تنفيذ الوكالة .

ومن تلك الاستثناءات أيضاً ماتقضى به المادة ٨٤٥ من منح الشريك فى الشيوع الحق فى نقض قسمة المال الشائع إذا تمت رضائياً ، وألحقت به غبناً يتجاوز الخمس ، مالم يكمل له شريكه ما نقص من نصيبه نقداً أو عيناً .

ومن الاستثناءات التى يقررها القانون على مبدأ أن الغبن بمجرده وذاته لا ينهض سبباً للطعن فى العقود ، ما يرجع إلى نوعية معينة من المتعاقدين ، وإلى طبيعة العقد الذى يبرمونه فى آن معاً . ومثال هذه الحالة ماتقضى به المادة ٤٢٥ فى شأن بيع مال عديمى الأهلية وناقصيها ، من ثبوت الحق للبائع ، إذا كان فى البيع غبن يزيد على الخمس ، فى أن يطلب تكملة الثمن إلى أربعة أخماس ثمن المثل .

ومن الاستثناءات التى نحن بصددها ، فى النهاية ، مايقرره القانون نظراً لطبيعة الحق ذاته ، وبغض النظر عن طبيعة العقد الذى يقرره ، وعن نوعية العاقد ، وهذه هى حالة الالتزام بدفع الفائدة ، سواء أكانت فائدة تأخيرية ناجمة عن الإخلال بالالتزام بدفع مبلغ من النقود ، أم كانت فائدة مقررة فى مقابل الانتفاع بالنقود . فأياً ماكان نوع الفائدة أو طبيعة العقد الذى يقررها ، أو نوعية الشخص الذى تقرر له ، ينبغى ألا تزيد الفائدة عن الحد الأقصى الذى يقضى به القانون ؛ فإن تجاوزته ، خفضت إليه .

هذه هى بعض الحالات التى يقرر فيها قانوننا للغبن أثراً فى العقود . وهو إذ يكون له أثر فى العقد ، فإنه لايتمثل عيباً فى إرادة عاقده ، وإنما مجرد عيب فى العقد نفسه أو فى أثر يترتب عليه ، عيب يقرره القانون فى حالة معينة تحددها لحكمة خاصة يقدرها . وقد حرص مشرعنا ، بعد أن قرر الاستغلال كنظام منطلق غير محدد بحالة بذاتها ، على أن ينص على أن القواعد التى جاء بها لحكمه لا يكون لها أثر على ما يقرره ، فى الحالات الخاصة التى تحددها ، من إعطاء أثر للغبن بمجرده وذاته . وفى ذلك تقضى المادة ١٣٠ بأنه : « يراعى فى تطبيق المادة السابقة (التى تقرر نظام الاستغلال) عدم الإخلال بالأحكام الخاصة فى بعض العقود أو بسعر الفائدة » .

الفصل الثانى

المحل

١٩٤ – تبينا ، فيما سبق ، أن للعقد أركاناً ثلاثة لايقوم بغير توافرها . وهى الرضاء والمحل والسبب . وقد انتهينا من الكلام فى الرضاء . ونتناول الآن الركن الثانى ، وهو المحل .

ومحل العقد هو الالتزامات التى يولدها . ولكننا لانتناول المحل هنا على هذا الاعتبار . وإنما نتناوله على اعتبار أنه الشىء الذى يلتزم المدين بعمله أو بالامتناع عن عمله . وهو بهذه المثابة يتمثل ركناً فى الالتزام . ومع ذلك ، فهو ليس غريباً عن العقد . إذ أنه يعتبر أيضاً ركناً فى العقد . وإن كان ذلك بطريق غير مباشر . فالعقد يولد الالتزام . فما يعتبر محلا مباشراً للالتزام يعتبر ، فى نفس الوقت ، محلا غير مباشر للعقد الذى يولده [1] . ومن أجل ذلك ، درج الفقهاء على أن يتناولوا محل الالتزام ، باعتباره ركناً فى العقد . ونهج القانون المدنى المصرى هذا النهج . وليس فى ذلك عيب . فالغاية من العقد إنشاء الالتزام . فإن لم يقم الالتزام لسبب يمس محله ، فإن العقد كله يقع باطلا بدوره (انظر المواد ١٣٢ و ١٣٣ و ١٣٥ مدنى) . وهكذا يؤثر محل الالتزام فى كيان العقد الذى من شأنه أن يولده .

وإذا كان محل الالتزام يعتبر فى نفس الوقت محلا للعقد الذى ينشئه ، ترتب على ذلك أن محل العقد يتعدد بتعدد الالتزامات التى تصدر عنه . فالبيع مثلا يولد التزامين أساسيين : أحدهما على البائع ، ويتعلق بالمبيع ، ويقوم على وجوب تسليمه وبالعمل على نقل ملكيته ، وثانيهما على المشترى ، ويتعلق

---

(١) وهذا مادعا القانون اللبنانى – وهو تقنين تغلب عليه فى مجموعه النزعة الفقهية المفرطه– إلى أن ينص ، فى المادة ١٨٦ منه ، على أن المحل الحقيقى لأى عقد هو إنتاج الالتزامات . على أن هذا الهدف لا يتحقق إلا إذا كانت تلك الالتزامات ترد بدورها على محال تستجمع صفات معينة .

بالثمن ، ويقوم على وجوب دفعه . ومن هنا درج القول على أن محل عقد البيع هو المبيع والثمن .

١٩٥ — الشروط الواجب توافرها فى المحل :

يلزم فى محل الالتزام توافر شروط معينة ، تضمنتها المواد ١٣١ إلى ١٣٥ مدنى . وتتركز هذه الشروط فى كون محل الالتزام ممكناً غير مستحيل ، ومعيناً أو قابلا للتعيين ، ومشروعاً ، أى غير مخالف للنظام العام ولا لحسن الآداب .

ونتناول فيما يلى كلا من هذه الشروط الثلاثة بالإيضاح :

١٩٦ — أولا — إمكان المحل :

يلزم ، لنشأة الالتزام ، وبالتالى لقيام العقد الذى يولّده ، أن يكون محله ممكناً غير مستحيل . وهذا شرط بديهى تقتضيه طبيعة الأمور ذاتها . إذ أن الشخص لا يلزم بعمل المستحيل A l'impossihle, nul n'est tenu وفى ذلك تقضى المادة ١٣٢ مدنى بأنه : « إذا كان محل الالتزام مستحيلا فى ذاته ، كان العقد باطلا » . فإذا التزم المدين بما هو مستحيل ، بطل التزامه ، وبطل العقد الذى أريد له أن ينشئه .

ويقصد بالاستحالة إلى تحول دون نشأة الالتزام ، وتؤدى بالتالى إلى بطلان العقد الذى كان من شأنه أن يولّده ، الاستحالة الموضوعية ، أى استحالة محل الالتزام فى ذاته ، كما تقول المادة ١٣٢ ، أو استحالته من حيث هو . وليست الاستحالة الشخصية الذاتية ، أى تلك التى ترجع إلى المدين نفسه ؛ وبعبارة أخرى المقصود بالاستحالة التى تحول دون قيام العقد هو الاستحالة المطلقة ، أى استحالة القيام بالأمر الذى التزم به المدين على كل الناس ، وليس فقط الاستحالة النسبية المتعلقة بظروف هذا المدين بالذات [1] .

---

(١) انظر فى هذا المعنى المناقشات التى دارت فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ، مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢١٣ و ٢١٤ .

وإذا كانت الاستحالة موضوعية أو مطلقة ، فلا أهمية بعد ذلك لما إذا كانت مادية أو طبيعية ، أى راجعة إلى حكم الطبيعة . كما إذا التزم شخص بأن يلمس الشمس ، أو أن يطير بذات نفسه فى الفضاء ، أو أن يحى الميت . أو أن ينقل ملكية بيت سبق له أن تهدم وزال ، أو كانت تلك الاستحالة الموضوعية أو المطلقة قانونية ، كما إذا التزم محام برفع استئناف عن حكم لا يجوز الاستئناف فيه ، أو فات ميعاد استئنافه ، وكما إذا باع شخص عقاراً ، والتزم بالتالى بنقل ملكيته إلى المشترى ، حال كون العقار المبيع قد نزعت ملكيته من قبل للمنفعة العامة . وصار بذلك الالتزام بنقل الملكية مستحيلا استحالة موضوعية ، أى على كل الناس . وعدم إمكان محل الالتزام ، بمعنى استحالته استحالة موضوعية مطلقة ، هى علة وقوع التصرف فى المال العام ، بما يتنافى مع تخصيصه للمنفعة العامة من بيع ونحوه ، باطلا .

أما الاستحالة النسبية أو الذاتية فلا تحول دون قيام العقد . ويقصد بالاستحالة الذاتية أو النسبية تلك التى تقوم بالنسبة إلى المدين نفسه بمراعاة ظروفه الخاصة ، مع وجود شخص آخر غيره يستطيع القيام بالأمر الذى التزم به . ومثال ذلك أن يلتزم شخص بعمل لوحة زيتية قيمة ، حالة كونه يجهل أصول الرسم ، وأن يؤجر شخص منزلا يملكه لآخر[١] . ففى هذين المثالين ، يستحيل على المدين نفسه أن يقوم بالأمر الذى تعهد به . ولكن يوجد بالضرورة شخص آخر يستطيع أداءه . ولذلك فالاستحالة هنا تعتبر ذاتية نسبية ، وليست موضوعية مطلقة . وهى لا تمنع من قيام العقد . فإن تعذر على المدين أداء الالتزام ، كان للدائن أن يلجأ إلى التنفيذ العينى إن كان ممكناً ، أو أن يلجأ إلى التعويض ، مع عدم الإخلال بحقه فى الفسخ . وذلك كله فى حدود مايقضى به القانون .

هكذا يبين أن الاستحالة التى تمنع من قيام العقد هى الاستحالة الموضوعية المطلقة دون الذاتية النسبية . ويلزم أن تكون هذه الاستحالة الموضوعية

---

(١) أنظر ، فى التصرف فى مال الغير ، ما سيجىء ، نبذة ١٩٧ .

المطلقة قائمة وقت إبرام العقد . فإن كان محل الالتزام ممكناً عند إبرام العقد ، ولكنه أصبح مستحيلا فى تاريخ لاحق، ما أثر ذلك فى ذات انعقاد العقد . فالفرض أن انعقاده قد تحقق فعلا عند إبرامه ؛ فلا يزول بعد ذلك لسبب طارىء . ومثال هذه الحالة أن يبيع شخص حصاناً يملكه ، ثم ينفق الحصان موتاً قبل تسليمه للمشترى . فهنا محل التزام البائع بتسليم الحصان كان ممكناً عند البيع ، ثم أصبح مستحيلا بعد إبرامه ، بسبب أجنبى عن البائع . فالبيع لايعتبر هنا باطلا . ولكنه ينفسخ (المادة ٤٣٧) . أى أنه يعتبر أنه قد قام صحيحاً ، ثم انحل . وهكذا يلزم عدم الخلط بين استحالة محل الالتزام القائمة عند إبرم العقد حيث إنها تؤدى دائماً إلى بطلانه . وتلك الطارئة بعد إبرام العقد . إذ أنها تؤدى إلى انفساخه ، شريطة أن تكون واقعة بفعل يعزى إلى المدين .

١٩٧ — التعامل فى ملك الغير والتعهد عن فعله :

الأصل أن الشخص لا يتعامل إلا فى ملكه . وأنه لايتعهد إلا عن ذات فعله . ولكن يحدث ، فى بعض الأحيان ، أن يتصرف الشخص فى شىء لا يملكه ، كما إذا باعه أو رهنه أو أجره . وقد يكون فى ذلك حسن النية . أى معتقداً أنه يملك ما يتصرف فيه . وقد يكون سيىء النية . أى عالماً بأنه يتصرف فيما لا يملك . كما إنه قد يحدث أن يتعهد شخص لآخر بأن يجعل ثالثاً يؤدى عملا لمصلحته .

وقد تقبل الفكر القانونى . فى سهولة ويسر : أن يتعهد شخص بفعل الغير . وهو مايسمى التعهد عن الغير . الذى سوف نعرض له فيما بعد عند تناول آثار العقد[١] . فالتعهد عن فعل الغير صحيح (المادة ١٥٣) . ولا صعوبة فى تبرير صحته . إذ أن قيام المتعهد بجعل الغير المتعهد عنه يؤدى العمل المتعهد به أمر ممكن ، وإن لم يكن مؤكداً . ومجرد إمكان المحل يكفى لقيام العقد . من غير تطلب أن يكون حصوله أمراً يقينيا قاطعاً .

(١) راجع ما سيجىء ، نبذة ٢٨١ وما بعدها .

وعلى عكس التعهد عن فعل الغير ، أثار التصرف فى ملك الغير جدلا بالغ العنف ، واحتدم الخلاف حول حكمه ، ليس فى الفقه وحده ، بل حتى فى مجال التشريع كذلك ، حيث تتباين قوانين البلاد المختلفة فى شأنه من النقيض إلى النقيض ، من البطلان إلى الصحة مروراً بالقابلية للإبطال . بل إن عنف الخلاف لم يقف عند حكم التصرف فى مال الغير بوجه عام . بل امتد إلى نوعية التصرف ذاتها ، بحيث إنه لم يسلم الأمر ، فى ظل التقنين الواحد ، من أن يعطى لبيع ملك الغير ، مثلا ، حكم مغاير لذاك الذى يعطى لرهنه أو لإيجاره .

ومؤدى تطبيق القواعد العامة أن يقع التصرف فى ملك الغير صحيحاً . فالمتصرف فى ملك غيره ، البائع مثلا ، إن قلنا بأن وفاءه بالالتزامات التى يفرضها عليه العقد قد يتعذر عليه شخصياً ، اعتباراً بأن من لا يملك لا يملّك ، فإنه يوجد بالضرورة شخص آخر غيره يستطيع الوفاء بهذه الالتزامات ، وهو هنا المالك الحقيقى . وعلى ذلك فإذا كان محل التزامات المتصرف مستحيلا عليه شخصياً ، فهو ليس مستحيلا على كل الناس . واستحالة محل الالتزام التى تمنع من قيام العقد هى ، على نحو ما قد سبق لنا بيانه ، الاستحالة الموضوعية المطلقة ، أى استحالة محل الالتزام فى ذاته ، كما تقول المادة ١٣٢ ، أما الاستحالة الذاتية أو النسبية ، أى تلك المتعلقة بالمدين نفسه ، فهى لا تمنع من قيام العقد . بل إن محل الالتزامات التى يفرضها التصرف فى مال الغير لا يتمثل ، فى حقيقة الواقع ، مستحيلا حتى على المتصرف نفسه . إذ أنه يمكن لهذا الأخير أن يتملك المال الذى تصرف فيه ، والذى كان ، عند تصرفه ، مملوكاً لغيره[(١)]، كما إذا اشتراه منه مثلا .

وإذا كان مؤدى القواعد العامة أن يقع التصرف فى ملك الغير صحيحاً ، فإن هذا المبدأ يرد عليه بطبيعة الحال التخالف ، إذا قرره القانون بنص خاص وفى شأن عقد معين . وهذا هو ما يجريه قانوننا المصرى بالفعل فى خصوص بيع ملك الغير (المادة ٤٦٦) ورهنه (المادة ١٠٣٣ / ١) ، حيث يقرر

(١) انظر فى هذا المعنى : Marty et Rayaud ، المرجع السابق ، نبذة ١٦٧ . وانظر مؤلفنا عقد الايجار ج ١ نبذة ٦٠ .

وقوع البيع أو الرهن قابلا للإبطال لمصلحة المشترى أو المرتهن ، وهو مايقرره القانون الفرنسى ، فى شأن بيع ملك الغير ، من وقوعه باطلا بطلاناً مطلقاً (المادة ١٥٩٩) . على أنه فى مثل هذه الحالات التى يملى فيها القانون بنص معين ، الإبطال أو البطلان ، ينبغى القول بأنه إبطال أو بطلان خاص أنشأه النص بمخالفة ماتقضى به القواعد القانونية العامة ، وبأنه فى غير ماينص فى خصوصه القانون بحكم مغاير ، يقع التصرف فى ملك الغير صحيحاً . وهذا ، على وجه الخصوص ، هو ماأجمع الفقه والقضاء عليه سواء فى فرنسا أو فى مصر بالنسبة إلى عقد الإيجار [١] .

خلاصة ما سبق أن التصرف فى مال الغير يقع ، بحسب الأصل وما لم يقض القانون بغيره ، صحيحاً ، شأنه فى ذلك شأن التعهد عن فعل الغير [٢] . ومؤدى صحة التصرف فى مال الغير ، أن تتولد عنه الالتزامات التى من شأنه أن يولدها . فإيجار مال الغير ، مثلا ، يفرض على المؤجر الالتزام بالتسليم وبتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين . فإذا لم يفلح المؤجر فى الوفاء بهذه الالتزامات ، فإنه يعتبر مخلا بها ، ويتحمل بالمسئولية عن إخلاله ، وفقاً لما يقضى به القانون . ومن أبرز مظاهر هذه المسئولية ثبوت الرخصة للمستأجر فى طلب فسخ الإيجار ، مع التعويض إن كان له محل . وهكذا فالجزاء الحق فى التصرف فى ملك الغير ليس هو البطلان ، كما يقضى به القانون الفرنسى فى خصوص البيع ، وليس هو الإبطال كمايقرر القانون المصرى فى شأن البيع والرهن [٣] ، وإنما هو الفسخ مع التعويض إن كان لهذا التعويض محل .

(١) انظر فى صحة إيجار ملك الغير : مؤلفنا عقد الإيجار نبذة ٦٠ والمراجع العديدة المشار إليها فى هامش ٣ من ص ٩١ وهامش ١ من ص ٩٣ . وانظر كذلك : نقض ٢/١١/١٩٧٧ مجموعة أحكام النقض س ٢٨ ص ١٥٩٧ رقم ٢٧٦ .

(٢) وقد حرص المشرع الكويتى على أن يقنن هذا الحكم ، فجاء فى المادة ١٧٠ يقضى بأنه : « يجوز أن يتعلق العقد بمال الغير أو بفعله ، من غير أن يترتب عليه التزام على هذا الغير بدون رضاه » .

(٣) انظر السنهورى ، المرجع السابق طبعة ١٩٦٤ هامش ١ صفحة ٤١٨ ، حيث يقول استناداً إلى كون استحالة تنفيذ البائع ملك غيره التزامه بنقل الملكية استحالة نسبية وليست مطلقة ، إنه « لولا ورود نص يجعل بيع ملك الغير قابلا للإبطال (المادة ٤٤٦) لكان هذا البيع صحيحاً قابلا للفسخ » .

وإذا وصلنا إلى أن العقد الذى يتصرف به أحد طرفيه للآخر فى مال الغير يقع ، بحسب الأصل ووفقاً للقواعد العامة ، صحيحاً ، فإن ذلك لايعنى إطلاقاً أنه ينتج أثراً ما فى مواجهة هذا الغير بمجرده وذاته [1] . فليس مؤدى قولنا . مثلا . إن إيجار ملك الغير صحيح أن المستأجر يكون له الحق فى أن يلزم ذاك الغير بتسليمه العين المؤجرة وبتمكينه من الانتفاع بها . فصحة العقد أو بطلانه أمر لايعنى . كأصل عام ، إلا العاقدين وحدهما . ثم خلفاءهما من بعدهما . ولااعتبار له بالنسبة إلى الغير . إذ أن العقد، حتى لو كان صحيحاً بين عاقديه . لا ينتج أثراً ما فى مواجهة الغير . إلا فى أحوال استثنائية ينص عليها القانون . وهذا هو مؤدى القاعدة التى تقضى بأن العقود لا تنفع ولا تضر غير العاقدين وخلفائهما ودائنيهما .

١٩٨ — وجود الشىء الذى يتعلق به محل الالتزام :

يخلص مما سبق أنه يلزم ، لقيام العقد . أن يكون محل الالتزام ممكناً فى ذاته عند إبرامه . بمعنى ألا يكون مستحيلا عندئذ استحالة موضوعية مطلقة . وفى أكثر الأحيان يتعلق محل الالتزام بشىء معين . سواء أكان المقصود من الالتزام نقل ملكية هذا الشىء . كما هو الحال بالنسبة إلى التزام البائع والواهب والمتقايض . أو كان المقصود منه إجراء أى عمل آخر متعلقاً به . كتسليم العين المؤجرة للمستأجر أو المعارة للمستعير . حتى يتمكن من الانتفاع بها على النحو المقصود .

وإذا تعلق محل الالتزام بشىء معين . فإنه لا يكون بالضرورة ممكناً . إلا إذا كان هذا الشىء موجوداً ، أو فى الأقل . قابلا للوجود . من هنا درج البعض على القول بأن الوجود شرط فى محل الالتزام . والحقيقة أن الوجود

---

(١) أما إذا أتى الغير الذى حصل التصرف فى ماله وأقر هذا التصرف ، فإنه يتأثر بالضرورة به ، وتسرى أحكامه عليه ، ولكن ذلك يحدث لا نتيجة للتصرف فى ذاته الذى كان عند إبرامه ، أجنبياً عنه ، ولكن نتيجة قيامه بإقراره . إذ بالإقرار يصير المالك الحقيق طرف التصرف ، دون من أجراه ، الذى يعتبر فى حكم النائب عن المقر ، إعمالا لقاعدة أن الإقرار اللاحق يقع بمثابة الوكالة السابقة .

ليس شرطاً مستقلا فى محل الالتزام . بل هو أمر لازم لتحقيق شرط إمكان هذا المحل ، كلما تعلق بشىء من الأشياء .

فإن كان من شأن العقد أن يولد التزاماً متعلقاً بشىء محدد ، ثم ظهر أن هذا الشىء لم يوجد أصلا ، أو وجد ولكنه هلك قبل العقد ، فإن العقد لايقوم أصلا . ومثال ذلك أن أبيعك حصتى فى تركة قريب لى قد مات . ثم يتضح أننى لست وارثاً له . وأن التزم بأن أعيرك حصاناً ثم يظهر أنه قد سبق له أن نفق موتاً . وأن أعقد معك إيجاراً عن منزل ، ثم يبين أنه سبق له أن تهدم . فى هذه الحالات ومثيلاتها يقع العقد باطلا ، لتخلف شرط الإمكان فى محله .

ويلاحظ أن عدم وجود الشىء الذى يتعلق به محل الالتزام لايتصور إلا بالنسبة إلى الأشياء المعينة بالذات ، وبعبارة أخرى الأشياء القيمية . إذ أن الأشياء المثلية ، وبعبارة أدق الأشياء المعينة بالنوع ، يتصور دائماً وجودها . ما دامت متوافرة فى السوق ، حتى لو كانت غير موجودة عند المدين نفسه . فهى تقوم مقام بعضها فى الوفاء . ومن هنا جرى القول على أن المثليات لا تهلك .

والهلاك الذى يحول دون قيام العقد ، هو ذاك الذى يلحق الشىء قبل إبرامه . لأن العقد هنا ينقصه ركن من أركانه . فلا يقوم . أما إذا كان الشىء موجوداً عند العقد ، ولكنه هلك فيما بعد ، فمعنى ذلك أن العقد قد توافر له محله عند إبرامه . فهو لذلك يعتبر أنه قد قام صحيحاً . ولكنه انفسخ بعد ذلك . إذا كان الهلاك حاصلا بسبب أجنبى عن المدين لايد له فيه (المادة ١٥٩) .

١٩٩ — التعامل فى الشىء المستقبل :

رأينا أنه يلزم ، لإمكان محل الالتزام وبالتالى لقيام العقد ، أن يكون الشىء المتعلق به موجوداً عند العقد . بيد أن هذا الأمر لايتحتم ، إلا إذا نُظر إلى الشىء على أساس أنه قائم عندئذ . أما إذا نظر إلى الشىء ، على اعتبار أنه غير موجود الآن ، ولكنه سيوجد فى المستقبل ، فإن المحل يعتبر ممكناً ، مادام وجود الشىء مستقبلا غير مستحيل فى ذاته استحالة موضوعية مطلقة .

وهكذا نخلص إلى أنه يسوغ ، كقاعدة عامة : أن يكون الشيء المستقبل محلا للالتزام . وفى ذلك تقضى المادة ١٣٧ / ١ بأنه : « ١ — يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلا » [١] .

وفى إباحة التعامل بالنسبة إلى الأشياء المستقبلة ، يختلف القانون المعاصر عامة والقانون المدنى المصرى خاصة ، عن القاعدة التى يسير عليها الفقه الإسلامى ، وإن كانت الاستثناءات العديدة التى ترد فيه على تلك القاعدة تقلص التخالف إلى حد كبير [٢] .

والتعاقد بالنسبة إلى الأشياء المستقبلة شائع فى العمل ، لاسيما فى البيع والإيجار . ومثال ذلك أن يبيع صاحب مصنع البضائع التى سوف ينتجها مصنعه خلال عام مقبل . أو أن يبيع مالك الأرض ماعساه أن تنتجه من محصول فى الموسم القادم ، أو أن يؤجر شخص أو يبيع شقة فى داره التى يزمع إنشاءها ، أو أن يعطى مؤلف لناشر حق نشر كتابه الذى يزمع تأليفه .

٢٠٠ — حظر التعامل فى التركة المستقبلة :

رأينا أن القاعدة العامة هى أنه يسوغ أن يكون الشيء المستقبل محلا للالتزام . وهذه القاعدة ليست مطلقة . إذ يرد عليها استثناء هام ، مؤداه تحريم التعامل فى التركات المستقبلة ، أى التركات التى لم تفتح حتى الآن [٣] .

---

(١) وفى ظل قانوننا القديم ، ثار الخلاف حول ما إذا كان التصرف فى الشيء المستقبل يصح ، كقاعدة عامة ، أو لا يصح . وكان الرأى السائد فقها وقضاء يجيب بنعم . وأراد المشرع فى قانوننا الحالى أن يقطع فى الأمر بقول فصل ، فضمنه هذا النص . انظر فى هذا المعنى : مؤلفنا ، محاضرات فى العقود ج ٢ ، عقد البيع نبذة ٥٣ .

(٢) انظر ، فى حكم التعامل فى الأشياء المستقبلة فى الفقه الإسلامى ، ما سيجيء نبذة ٢٠٤ .

(٣) وقد ورث القانون المعاصر حظر التعامل فى الحقوق التى تشملها التركات المستقبلة من القانون الرومانى . فقد حظر الرومان التصرف فى تلك الحقوق ، مالم يتم برضاء المورث المحتمل ، لما رأوه فى هذا التصرف من مضاربة على حياة المورث والحث على قتله ، ولما يتضمنه بذلك من مخالفة لحسن الآداب . وانتقل هذا الحظر من الرومان إلى القانون الفرنسى . ولكن الفرنسيين جعلوه شاملا للتعامل فى حقوق التركة المستقبلة ، ولو تم برضاء المورث ، انظراً لما رأوه من أن هذا التعامل ، فضلا عن أنه يتضمن المضاربة على حياة المورث ، يقوم فى العادة على استغلال =

وفى ذلك نجد أن المادة ١٣١ ، بعد أن قررت ، فى فقرتها الأولى ، المبدأ العام القاضى بجواز التصرف فى الأشياء المستقبلة ، جاءت ، فى فقرتها الثانية ، تقول : « غير أن التعامل فى تركة إنسان على قيد الحياة باطل ، ولو كان برضاه ، إلا فى الأحوال التى نص عليها القانون » .

وهكذا فالتعامل فى التركة المستقبلة باطل ، ولو تم برضاء صاحبها ، بل ولو كان هو الذى أجراه [١] ، إلا فى الأحوال التى ينص عليها القانون . والمشرع يعنى ، بهذا الاستثناء الأخير على وجه الخصوص ، حالة التصرف فى التركة من صاحبها عن طريق الوصية .

والحكمة من حظر التعامل فى التركات المستقبلة أن هذا التعامل يتضمن المضاربة على حياة المورث المحتمل والحث على قتله ، من ناحية ، ولأن المتصرف فى الأموال التى سوف يرثها فيما بعد يكون ، فى العادة ، صيداً سهلا وثميناً للمرابين والمستغلين والجشعين من الناس ، من ناحية أخرى . أما إذا كان التصرف فى التركة المستقبلة حاصلا من ذات صاحبها ، فإن علة حظره تتمثل فى مخالفته لقواعد الميراث التى هى من صميم النظام العام .

وجزاء حظر التعامل فى التركات المستقبلة هو وقوع التصرف باطلا ، ولو تم من المورث المحتمل أو برضاه . والبطلان هنا مطلق ، لمخالفة المحل للنظام العام ، ولكل ذى مصلحة أن يتمسك به ، وللمحكمة أن تقضى بها من تلقاء نفسها [٢] و [٣] .

= المرابين حاجة الورثة الاحتماليين ونزقهم ، فيسلبونهم حقوقهم المحتملة ، نظير مقابل بخس زهيد . ومن القانون الفرنسى شاع حظر التعامل فى التركات المستقبلة فى القوانين العصرية للدول المختلفة . ومنها قانوننا المدنى وقوانين البلاد العربية الأخرى التى استوحته .

(١) ويرجع بطلان التصرف إذا أجراه المورث المحتمل نفسه إلى ما يتضمنه هذا التصرف من مخالفته لأحكام الميراث التى هى من النظام العام ، كما قلنا فى المتن .

(٢) ولكى يكون البطلان المطلق هو الجزاء ، يلزم أن يكون التعامل قد أجرى على أساس أنه يرد على مال باعتباره داخلا فى تركة مستقبلة ، كما إذا باع شخص مالا يملكه فى الحال أبوه ، على اعتبار أنه سوف يرثه عنه فيما بعد ، وقبل المشترى الشراء على هذا الأساس . هنا يعتبر التصرف وارداً على تركة مستقبلة . أما إذا اشتريت مالا معيناً ، معتقداً عند شرائه أنه مملوك للبائع ، =

وإذا اعتبر التعامل وارداً على مال فى تركة مستقبلة فى غير ماجاء منه على سبيل الوصية . وقع باطلا فى جميع الأحوال . وسواء ارتضاه المورث المحتمل أم لم يرتضه ، وسواء أصدر من الوارث (١) أم من المورث نفسه . وسواء أكان المتصرف إليه وارثاً احتمالياً أم أجنبياً . وسواء أكان محل التعامل مالا معيناً من أموال التركة المستقبلة أو نصيباً محدداً منها . أم هى كلها . فلا يجوز للشخص . مثلا . أن يبيع الأموال التى سوف يتركها عند موته . وإنما يجوز له أن يوصى بها فى الحدود التى يسمح بها القانون (٢) .

= وجاهلا بذلك أنه مملوك لمورثه المحتمل . فى مثل هذه الحالة ، لا يعتبر البيع منعقداً على أساس أنه يرد على مال فى تركة مستقبلة ، حتى لو كان البائع قد باع على هذا الاعتبار . وإذا كان البيع فى حالتنا لا يعتبر وارداً على حق فى تركة مستقبلة ، فهو لا ينال جزاءه ، أى البطلان . إنما هو يعتبر مجرد بيع لملك الغير ، ويأخذ جزاء هذا النوع من البيع ، أى أنه يقع قابلا للإبطال . انظر فى هذا الاتجاه : السنهورى الوسيط ج ١ ص ٤١٥ هامش (١) .

(٣) أنظر : نقض ٢١/١١/١٩٦٧ طعن ١٢٥/٣٤ق ، مجموعة النقض س ١٨ ص ١٧٣٦ رقم ٢٦١ . وقد جاء فى هذا الحكم أن التصرف فى تركة مستقبلة باطل لا تلحقه الإجازة ، ويجوز إثباته بكل طرق الإثبات . ولو كان الوارث طرفاً فيه .

(١) فيقع باطلا البيع الصادر من الوارث المحتمل لمال مملوك فى الحال لمورثه اعتباراً بأنه سيرثه منه مستقبلا (انظر مصر الوطنية ٣٠ أكتوبر ١٩١٨ المجموعة الرسمية ٢١ رقم ٤٤ . ويبطل أيضاً عقد القسمة الذى يبرمه الورثة المحتملون لأموال مورثهم حال حياته ، وإن صح إذا أبرم بعد وفاته . ويبطل كذلك العهد الذى يقطعه الولد على نفسه بعدم الطعن فى وصية يجريها أبوه .

(٢) وقد عرضت على محكمة النقض قضية طريفة تتصل بموضوعنا . وتتلخص وقائع هذه القضية فى أن زوجين أرادا أن يختص كل منهما بأموال الآخر بعد موته ، دون باقى ورثته . فباع كل منهما فى نفس اليوم للآخر أمواله بثمن صورى ، واشترطا ألا يمتلك أيهما أموال الآخر إلا بعد موته . وثار النزاع حول طبيعة كل من العقدين ، هل يعتبر وصية فتنفذ فى حدود ما يسمح به القانون ، أم يعتبر من قبيل التصرفات الأخرى فى تركة مستقبلة ، فتقع باطلة . وقضت محكمة الاستئناف باعتبار التصرف الصادر من الزوج لزوجته وصية . ولكن محكمة النقض رأت بحق أنه لا يعتبر كذلك ، بل يعتبر تصرفاً بمقابل ، تم للتحايل على أحكام الميراث ، فهو تصرف فى تركة مستقبلة على خلاف طريق الوصية . وخلصت محكمتنا العليا إلى بطلانه . وقد جاء فى حكم المحكمة العليا : « حيث إن هذا الذى أثبتته محكمة الاستئناف بين الدلالة على أن أياً من الزوجين لم يرد حقيقة الوصية التى هى تمليك مضاف إلى ما بعد الموت بطريق التبرع ، بل إن كلا منهما جعل وصية صاحبه له سبباً فى وصيته هو لصاحبه ، فالواقع أن تصرفهما هو تبادل منفعة معلق على =

ولايجوز للوارث المحتمل أن يبيع أو يرهن أو يؤجر نصيبه الذى يأمل أن يناله من التركة . أو مالا معيناً منها على اعتبار أنه سيأخذه بالميراث أو بالوصية . وسواء فى ذلك أصدر التصرف لوارث احتمالى آخر أم لأجنبى ، وسواء ارتضاه المورث أم لم يرتضه . ولا يجوز للأب أن يهب بعض ماله لابنه على اعتبار أنه يمثل نصيبه الذى يستحقه ميراثاً عنه بعد موته [1] .

وحرى بنا أن نلفت النظر إلى أن الحظر : فى المجال الذى نحن بصدده . لايكون إلا إذا ورد التصرف فى شأن مال ، اعتباراً بأنه سوف يكون من مشتملات تركة مستقبلة لإنسان لازال على قيد الحياة عند التصرف . فلا يوجد

= الخطر والغرر ، ولا غرض منه سوى حرمان ورثة كل منهما من حقوقهم الشرعية فى الميراث . أما التبرع المحض الذى هو قوام الوصية وعمادها ، فلا وجود له فيه . ويشبه التصرف أن يكون من قبيل ولاء الموالاة ، ولكنْ فى غير موطنه المشروع هو فيه ؛ لأن لكل من المتعاقدين ورثة يمنع وجودهم من هذه الموالاة . وترى المحكمة ... أنه من قبيل الرقبى المحرمة شرعاً (انظر نقض ١٤ يونيه سنة ١٩٣٤ ، مجموعة عمر لأحكام النقض ، ج ١ ص ٤٤٩) » .

(١) انظر نقض ١٩٧٩/١/٢٩ ، طعن ٤٦/٦٢٦ ق مجموعة النقض س ٣٠ ص ١٠٣ رقم ٣٥٨ . وتتلخص وقائع الدعوى التى صدر فيها الحكم فى أن شخصاً سلم حال حياته إبنه قطعة أرض من أراضيه ليستغلها ، واعداً إياه ببيعها له بعد سداد الديون التى تثقلها ، على اعتبار أن هذه الأرض هى مقدار نصيبه فى ميراثه فى الأراضى ، وألا يكون له نصيب آخر فى تركته فيما عدا نصيبه فى النخيل . رفع الأب دعوى ببطلان الهبة . أجابته محكمة الاستئناف إلى طلبه . تأسيساً على عدم مشروعية السبب لانصرافه إلى تعامل فى تركة مستقبلة . وباركت محكمة النقض هذا القضاء من محكمة الاستئناف . اعتباراً بأنه التزم صحيح القانون . والحكم هنا ببطلان التصرف سليم تماماً . ولكن يؤخذ على محكمة الاستئناف . ومن بعدها على محكمة النقض ، أنهما أسستا بطلان التصرف على عدم مشروعية السبب ، فى حين أن يتأسس فى الحقيقة على عدم مشروعية المحل ، اعتباراً بأن التصرف وارد على تركة مستقبلة . فليس يتنافى مع النظام العام مجرد الرغبة فى تخصيص أحد الورثة المحتملين بمال من أموال المورث . وآية ذلك صحة الوصية فى حدودها المرسومة . ولكن الذى يتنافى مع النظام العام هو أن يتصرف الشخص تصرفاً منجزاً فى تركته المستقبلة . وهذا هو ما حدث فى واقعات النزاع الذى صدر فيه الحكم الذى ننقده . فقد أعطى الأب حال حياته لابنه نصيبه فى تركته ، وجعل بذلك وارثاً حالة كونه ليس بعد وارثا . والمسألة هنا ليست مجرد جدل فقهى . بل إن لها أهمية كبرى فى العمل . فلو أن البطلان هنا تأسس على عدم مشروعية السبب – باعتباره الباعث الدافع كما ذهب الحكم – لوجب علم المتصرف له به ، الأمر الذى حرصت المحكمة بالفعل على إثبات حصوله وهى فى سبيل تسبيب البطلان . أما تأسيس البطلان على عدم مشروعية المحل ، فلا يحتاج إلى علم المتصرف له به ولا حتى علم المتصرف نفسه .

ثمة مايمنع من أن يتصرف الشخص فى أمواله ولو كلها ، إذا ورد التصرف على أنه يسرى حال حياته . فيجوز للشخص ، مثلا ، أن يبيع أو يهب كل أمواله ، إذا كان المقصود من البيع أو الهبة أن تسرى فوراً لا بعد الممات [١]. كما أنه لايوجد ثمة ما يمنع من أن يتحمل شخص فى الحال بالتزام معين ، ويتفق مع دائنه على أن يكون الوفاء به عند موت مورثه المحتمل [٢] .

٢٠١ — ثانياً — تعين محل الالتزام :

الشرط الثانى الذى يلزم توافره فى محل الالتزام هو أن يكون معيناً ، أو فى الأقل قابلا للتعين . وهذا شرط تقتضيه طبيعة الأمور ذاتها ، مثله فى ذلك مثل إمكان محل الالتزام . فالالتزام يلزم المدين بأداء محله . فإذا كان هذا المحل مجهلا جهالة فاحشة ، بحيث يتعذر الوصول إلى تحديده ، كان من شأن ذلك أن تثور المنازعات ، دون أن يوجد لدينا أساس سليم لفضها ، ومن ثم كان حريا بالالتزام ألا ينشأ وبالعقد ألا يقوم . وتمشياً مع هذه الفكرة جاءت المادة ١٣٣ تقضى بأنه : « ١ — إذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته وجب أن يكون معينا بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلا . ٢ — ويكفى أن يكون المحل معينا بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعين مقداره . وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشىء من حيث جودته ، ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أى ظرف آخر ، التزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط » .

وتعيين محل الالتزام يختلف باختلاف الأحوال . فالالتزام بتشييد دار ، مثلا ، يتعين محله بالمواصفات التى يتضمنها العقد لهذه الدار . فإن لم يتضمن العقد ، فى ذات نصوصه ، هذه المواصفات ، وأمكن تحديد العمل المطلوب من الظروف الملابسة للعقد ، كان محل الالتزام صحيحاً ، وقام العقد . وإلا

---

(١) على أن يلزم بطبيعة الحال أن يكون الاتفاق على فورية نفاذ الهبة أو البيع حقيقياً وليس صورياً .

(٢) فى هذا المثال لا يوجد تصرف فى تركة مستقبلة . فالأمر لا يعدو اقتران التزام المدين بأجل حدد بوفاة مورثه المحتمل .

كان هذا المحل غير محدد تحديداً كافياً نافياً للجهالة الفاحشة ، ولا قابلا للتحديد ، فينهار ، ويبطل العقد .

وإذا تعلق محل الالتزام بشيء ، فإن تحديده يختلف باختلاف ما إذا كان هذا الشيء معيناً بذاته أم بنوعه .

فالشيء المعين بذاته، كمنزل محدد أو كتاب معلوم ، يتعين بمميزاته الذاتية أو بالإشارة إليه أو إلى المكان الذى وجد فيه ، بشرط أن يكون هذا واضحا نافياً للجهالة الفاحشة .

والشيء المعين بنوعه ، أى الشيء المثلى ، يتعين بنوعه ومقداره ودرجة جودته ، أى صنفه ، كما إذا بعتك ١٠٠ كيلو من الأرز المصرى درجة ٢٣ قيراطاً . وهذا هو التعيين الكامل .

بيد أنه إذا كانت الأشياء المعينة بالنوع تتحدد بالنوع والمقدار ودرجة الجودة ، إلا أن التحديد يختلف من حيث القوة والأثر باختلاف هذه الأمور الثلاثة .

فالتحديد بالنوع ضرورى ، بحيث إنه إذا لم يحصل ، ولم يمكننا الوصول إليه بشكل قاطع من ظروف العقد ، اعتبر المحل غير معين ، ووقع العقد بالتالى باطلا ، كما إذا بعتك غلالا دون أن أبين نوعها ، قمحاً هى أم ذرة أم شعيرا . وكما إذا بعتك حيواناً دون أن أبين ما إذا كان بقرة هو أم حصاناً أم حماراً .

والتعيين بالمقدار لازم بدوره . وإلا بطل العقد . فإذا لم يحدد مقدار الشيء الذى يتعلق به الالتزام ، وتعذر الوصول إليه فى ضوء ظروف العقد وملابساته ، بطل العقد . فإذا بعتك ، مثلا ، قمحاً ، ولم يحدد مقداره ، ولم يكن فى ظروف التعاقد وملابساته ما يمكننا من الوصل إلى هذا التحديد ، وقع البيع باطلا ، لعدم تعيين المبيع . إما إذا أدت الظروف إلى جعل المقدار قابلا للتحديد ، صح البيع .

وفيما يتعلق بالصنف أو درجة الجودة ، فإن استلزم التحديد الكامل لمحل الالتزام تعيينه ، إلا أن عدم حصول هذا التعيين لا يؤثر فى قيام العقد .

إذ أن محل الالتزام يعتبر معيناً ، ولو خلا من تحديد صنفه ، حتى ولو لم يكن فى ظروف التعاقد ما يؤدى إلى تحديده . فإن أمكن تحديد الصنف من ملابسات العقد وظروفه أو من العرف الجارى . التزم المدين بأن يسلم الشىء من هذا الصنف . وإن تعذر تحديد الصنف على الوجه المتقدم ، التزم المدين بأن يسلم الشىء من صنف متوسط ، أى صنف وسط بين الجيد والردىء .

٢٠٢ — ثالثاً — مشروعية محل الالتزام :

والشرط الثالث والأخير . الذى يلزم توافره فى محل الالتزام ، هو أن يكون مشروعاً ، أى جائزاً قانوناً . فإن كان هذا المحل غير مشروع ، ما قام الالتزام ، وبطل العقد الذى كان من شأنه أن يولده ، لعدم مشروعية محله . وفى ذلك تقضى المادة ١٣٥ بأنه : « إذا كان محل الالتزام مخالفاً للنظام العام أو الآداب كان العقد باطلا » .

ومناط مشروعية محل الالتزام أو عدم مشروعيته هو اتساقه أو مخالفته للقانون وللنظام العام وحسن الآداب . فإن كان المحل لا يتعارض مع القانون ولا مع النظام العام وحسن الآداب فى الدولة . كان مشروعاً وقام العقد ، أما إذا كان مخالفاً للقانون [1] أو متجافياً مع النظام العام أو حسن الآداب ، وقع غير مشروع وبطل العقد .

ويقصد باصطلاح « النظام العام Ordre public » كل ما يمس كيان الدولة أو يتعلق بمصلحة أساسية من مصالحها التى يلزم تحقيقها حتى تسير

---

(١) ومن العقود التى يقضى القانون ببطلانها لعدم مشروعية المحل بيع الوفاء (المادة ٤٦٥) ، وهو البيع الذى يحتفظ فيه البائع بحق استرداد المبيع إذا رد الثمن خلال مدة معينة (انظر نقض ١٩٧٦/٣/١٥ ، مجموعة النقض س ٢٧ ص ٦٥٢ رقم ١٣٠ — نقض ١٩٦٩/١/٢٣ ، مجموعة النقض س ٢٠ ص ١٤٤ رقم ٢٤) . ومن العقود التى يقضى القانون ببطلانها أيضاً لعدم مشروعية المحل عقود المقامرة والرهان (المادة ٧٣٩/١) ، ولمن خسر فى مقامرة أو رهان أن يسترد ما دفعه خلال ثلاث سنوات من أدائه ، ولو اتفق على خلافه (المادة ٧٣٩/٢) ، على أنه يستثنى مما سبق الرهان الذى يعقده المتبارون أنفسهم فى المباريات الرياضية (وليس غيرهم) ، مع ثبوت الحق للقاضى فى أن يخفض قيمته إذا كان مبالغاً فيه ، كما تستثنى أوراق النصيب المرخص بها قانوناً (المادة ٧٤٠) .

فى طريقها نحو العزة والمجد ؛ وسواء فى ذلك أكانت هذه المصلحة سياسية : كما هو الحال بالنسبة إلى كل ما يتعلق بتنظيم الدولة وطريقة مباشرة سيادتها بوساطة سلطاتها المختلفة ، أو كانت هذه المصلحة اجتماعية ، كما هى الحال بالنسبة إلى تنظيم الأسرة . وما يتعلق بكفالة استتباب الأمن والنظام فى الدولة . أم كانت تلك المصلحة اقتصادية ، كما هى الحال بالنسبة إلى تنظيم الإنتاج القومى فى الدولة وتداول النقد فيها ، أم كانت هذه المصلحة خلقية . ككل ما يؤدى إلى صيانة الأخلاق الحميدة فى الدولة . وهذا هو ما يطلق عليه حسن الآداب (١) .

والأمثلة على العقود التى تقع باطلة لمخالفة المحل فيها للنظام العام عديدة لا تتناهى . ونسوق منها الاتفاق الذى بمقتضاه يقبل الموظف رشوة لأداء عمل يدخل فى مهام وظيفته . والاتفاق الذى يتعهد بمقتضاه شخص أن يرتكب جريمة . ويقع باطلا أيضاً بيع المخدرات وغيرها من الأشياء التى يمنع القانون التعامل فيها . وتبطل كذلك كل الاتفاقات التى تستهدف التأثير على حرية الناخب فى أن يختار من يراه صالحاً لتمثيله .

ومن أمثلة العقود التى تقع باطلة . لمخالفة المحل فيها لحسن الآداب : الاتفاق الذى يتعهد بمقتضاه شخص على أن يكذب لمصلحة آخر ، وعلى الأخص أمام المحكمة . والاتفاق الذى ترتضى به امرأة أن تعاشر رجلا معاشرة آثمة غير مشروعة . ومن أمثلة العقود الباطلة . لمخالفة المحل فيها لحسن الآداب أيضاً . كل الاتفاقات التى ترد بشأن الدعارة ، كالاتفاق مع إمرأة على أن تعمل فيها . أو الاتفاق على الترويج لها ؛ أو الاتفاق على تأثيث بيوتها . أو بيع هذه البيوت أو إيجارها . وتتسم أحكام القضاء . بشأن كل ما يتعلق بالدعارة . بالصرامة والحزم . فهى تبطل بلا رحمة ولا هوادة كل العقود التى تتصل بها . بل إن المحاكم كانت تقضى ببطلان العقود المتصلة بالدعارة . حتى فى الأحوال التى كانت الحكومة تصرح بالدعارة وتخضعها لرقابتها . اعتباراً بأن التصريح الرسمى بالدعارة ، وإن أضفى عليها الشرعية

(١) ولزيادة فى الايضاح فى صدد النظام العام وحسن الآداب ، انظر مؤلفنا نظرية القانون ، نبذة ٧٤ وما بعدها .

من الناحية الإدارية والجنائية ، إلا أنه يقصر عن أن يطهرها مما تتسم به من تناف وانحراف عن حميد الأخلاق وحسن الآداب .

٢٠٣ — الالتزام بدفع مبلغ من النقود :

إذا كان محل الالتزام هو دفع مبلغ من النقود ، فان المدين يلتزم بدفع العدد المحدد ، دون أن يكون لارتفاع قيمة النقود أو انخفاضها ، فى الفترة ما بين نشوة الالتزام والوفاء به ، أى أثر . ويقع باطلا كل اتفاق على غير ذلك (المادة ١٣٤) .

فالعبرة فى الالتزامات التى يكون محلها دفع مبلغ من النقود هى بعدد هذا المبلغ ، أى بقيمته الاسمية ، دون تأثير لقيمته الحقيقية التى من شأنها أن تتعرض للارتفاع أو الهبوط ، بحسب قوة النقد أو ضعفه .

٢٠٤ — محل العقد أو المعقود عليه فى الفقه الإسلامى :

يولى الفقه الاسلامى بالغ الاهتمام لمحل العقد . أو المعقود عليه . كما يسمى فيه . فهو يدخل فيما يسميه « أصل العقد » ويترتب على تخلفه البطلان .

وإذا صرفنا النظر عن التفرقة التى يقول بها فقهاء المسلمين بين مايطلقون عليه « ركن العقد » الذى يتمثل عندهم فى الايجاب والقبول . وبين « شرائط العقد » التى تدخل فى رحابها أمور أساسية تتعلق بالتراضى نفسه . كتوافق الإيجاب والقبول فى مجلس العقد وتوافر العقل فى كل من العاقدين . كما يدخل فى رحابها وجود المعقود عليه والأوصاف اللازمة فيه ؛ إذا صرفنا النظر عن هذه التفرقة ، التى تبدو لنا غير ذات موضوع . أمكننا أن نرى فى المعقود عليه ركنا فى العقد ، إلى جانب التراضى . وذلك فى مفهوم فقه القانون المعاصر .

ويلاحظ أن اختلاف فن الصياغة القانونية بين الفقه الاسلامى والقانون المعاصر اقتضى نوعا من الاختلاف فى فكرة محل الالتزام أو المعقود عليه . فالقانون المعاصر يهتم بالموضوع المباشر للالتزام . ويجعل منه محلا له . ولذلك فان محل الالتزام يتمثل فيه على الدوام عملا أو فعلا ، إيجابيا كان أم سلبيا .

أما الفقه الاسلامى ، فهو يهتم ، فى المكان الأول ، بالغاية من الحق . ولذلك فهو يرى محله متمثلا فيها ، الأمر الذى يؤدى إلى أن تصبح الأشياء ، لا الأفعال ، هى المعقود عليه فى الغالب من الحالات . ولإيضاح هذه الفكرة ، نأخذ عقد البيع كمثال . فالقانون المعاصر يرى محل الالتزامات المتولدة عنه متمثلا فى أفعال ، كعمل البائع على نقل الملكية والتسليم والضمان بالنسبة إلى البائع ، ووفاء الثمن بالنسبة إلى المشترى . أما الفقه الاسلامى ، فيرى المعقود عليه متمثلا فى الغاية من البيع ، وهى المبيع والثمن .

وإذا لاحظنا هذا الاختلاف فى الصياغة القانونية ، وأدخلنا التعديل الذى يقتضيه mutatis mutandis ، أصبحت فكرة المعقود عليه فى الفقه الإسلامى مماثلة أو تكاد لفكرة المحل فى القانون المعاصر ، مع استثناء جوهرى يتمثل اختلافا أساسيا بينهما ، وهو ما يتعلق بالتعامل فى الأشياء المستقبلة ، حيث يبيحه القانون المعاصر كقاعدة ، وإن حرمه ، فى حالة معينة ، على سبيل الاستثناء ، فى حين أن الفقه الاسلامى يحظره كقاعدة ، وإن أباحه فى حالات خاصة ، على سبيل الاستثناء .

وإذا أردنا ، بعد أن أبرزنا الفكرة الأساسية التى تسود « المعقود عليه » فى الفقه الاسلامى بوجه عام ، أن نركز على الشروط التى يجب توافرها فيه تحت ظل « المجلة » ، باعتبارها تقنيناً للفقه الاسلامى على المذهب الحنفى ، أمكننا أن نرد تلك الشروط إلى ما يلى :

١ — يجب أن يكون المعقود عليه موجودا عند العقد[1] . وهذا مايقابل ، فى القانون المعاصر شرط إمكان المحل . لأن محل الالتزام فى القانون المعاصر ، هو الفعل ، ومن ثم توجب إمكانه . فى حين أن المعقود عليه ، فى الفقه الإسلامى هو الشىء ، ولذلك اشترط وجوده .

---

(١) انظر المادة ١٩٧ مجلة بشأن عقد البيع ، حيث تقضى بأنه : يلزم أن يكون المبيع موجوداً » . وانظر أيضاً المادة ٧٠٩ بصدد الرهن ، حيث تستلزم أن يكون المرهون موجوداً . وانظر كذلك ٨٥٦ بشأن الهبة ، وهى تقول : « يشترط وجود الموهوب فى وقت الهبة . بناء عليه لا تصح هبة عنب بستان سيدرك أو ولد فرس سيولد » .

وإذا لم يكن المعقود عليه موجودا عند التعاقد ، وبعبارة أخرى إذا كان معدوما حينذاك ، وقع العقد باطلا . وفى ذلك تقضى المادة ٢٠٥ من المجلة (الواردة بشأن البيع) بأنه : « بيع المعدوم باطل فيبطل بيع ثمرة لم تبرز أصلا » . وكذلك تقضى المادة ٣٦٣ بأن بيع المعدوم وما ليس بمقدور التسليم وما ليس بمال متقوم باطل .

ويبطل العقد ، إذا كان المعقود عليه معدوما عند التعاقد . حتى إذا كان محتمل الوجود مستقبلا . وهكذا فبيع الثمرة التى لم تبرز أصلا يقع باطلا (المادة ٢٠٥ مجلة) . بل ان العقد يبطل . كأصل عام : حتى إذا كان أصل الشيء موجودا . طالما أن وجوده ذاته لم يتم . وهكذا لا يجوز بيع الحمل ولا اللبن فى الضرع [١] ، كما لا تجوز هبة ولد فرس سيولد (المادة ٨٥٦ من المجلة) .

وهكذا يظهر أن التعامل فى الأشياء المستقبلة يرد ، كأصل عام ، باطلا فى المجلة ، كما يرد باطلا فى الفقه الاسلامى بوجه عام . بخلاف القاعدة التى يقضى بها القانون المعاصر .

بيد أن بطلان التعامل فى الأشياء المستقبلة ، لا يتقرر فى الفقه الإسلامى ولا فى المجلة على وجه شامل مطلق . وإنما ترد عليه بعض الاستثناءات . وأهم هذه الاستثناءات بيع السلم وهو بيع المؤجل بالعجل : كما إذا اتفق على أن يسلم أحد العاقدين فى مجلس العقد مبلغا من المال على كمية من الحنطة محددة فى مقدارها وفى وصفها من الجودة والخسة [٢] . ومن استثناءات حظر التعامل فى الأشياء المستقبلة كذلك . بيع الثمار قبل نضجها ما دامت برزت جميعها (المادة ٢٠٦ مجلة) ، أو كانت مما تتلاحق أفراده كالفواكه والأزهار والخضروات وبرز بعضها [٣] . إذ يصح هنا بيع ما سيبرز مع ما برز تبعا له

---

(١) انظر بدائع الصنائع (ج ٥ ص ١٣٨ — ١٣٩) . وقد أشار إليه الأستاذ السنهورى فى مؤلفه .

(٢) انظر فى بيع السلم وشرائطه المادة ٣٨٠ — ٣٨٧ من المجلة .

(٣) جاء فى التقرير المقدم من واضعى المجلة للصدر الأعظم ما يأتى : « ذكر فى المادة السابعة والتسعين بعد المائة والمادة الخامسة بعد المائتين أنه لا يصح بيع المعدوم ، والحال أنه ما كان مثل =

بصفقة واحدة (المادة ٢٠٧ من المجلة) . ومن استثناءات التعامل فى الأشياء المستقبلة ، فى النهاية ، عقد الاستصناع . كما إذا اتفقت مع خياط على أن يعد لك حلة تلبسها ، وعقد الإيجار ، حيث أجيز بخلاف الأصل ، مراعاة لمصلحة الناس .

٢ — إذا كان من مقتضى العقد أن يتسلم العاقد شيئا ، وجب أن يكون المعقود عليه مقدور التسليم . فان لم يكن كذلك ، بطل العقد . وتمشيا مع هذه الفكرة ، جاءت المجلة ، فى صدد البيع تقول ، فى المادة ١٩٨ منها بأنه : « يلزم أن يكون المبيع مقدور التسليم » . ثم جاءت فى المادة ٢١٩ منها ، تقضى بأنه : « بيع ما هو غير مقدور التسليم باطل . كبيع سفينة غرقت لا يمكن اخراجها من البحر أو حيوان نادر لا يمكن مسكه وتسليمه » . وجاءت . فى صدد الإيجار تنص ، فى المادة ٤٥٧ . على أنه : « يشترط أن تكون المنفعة مقدورة الاستيفاء . بناء عليه . لا يصح ايجار الدابة الفارة » .

٣ — يجب أن يكون المعقود عليه مالا متقوماً [١] . فان لم يكن مالا أصلا . كالميتة والدم ولحم الخنزير ، أو كان مالا ولكنه غير متقوم . بطل العقد [٢] . ويقصد بالمال المتقوم ، كما تقول المادة ١٢٧ من المجلة ، أحد معنيين : « الأول بمعنى ما يباح الانتفاع به . والثانى المال المحرز . فالسمك فى البحر غير متقوم . وإذا أصطيد صار متقوما بالاحراز » . وشرط أن يكون المعقود

= الورد والخرشوم من الأزهار والبقول والفاكهة التى يتلاحق ظهور محصولاتها يصلح فيه البيع . إذا كان بعض المبيع قد ظهر وبعضها لم يظهر . لأنه لما كان ظهور محصولاتها دفعة واحدة غير ممكن . وإنما يظهر أفرادها وتتلاحق شيئاً فشيئاً ، اصطلح الناس فى التعامل على بيع جميع محصولاتها الموجودة والمتلاحقة بصفة واحدة ولذا جوز محمد بن الحسن الشيبانى ، رحمه الله تعالى . هذا البيع استحساناً . وقال : اجعل الموجود أصلا ، والمعدوم تبعاً له .. وحيث إن ارجاع الناس عن عاداتهم المعروفة عندهم غير ممكن ، كما أن حمل معاملاتهم بحسب الإمكان على الصحة أولى من نسبتها إلى الفساد ، وقع الاختيار على ترجيح قول محمد فى هذه المسألة ، كما هو مندرج فى المادة السابعة بعد المائتين » .

(١) انظر المادة ١٩٩ من المجلة التى تقضى بأنه : « يلزم أن يكون المبيع مالا متقوماً » . وانظر أيضاً المادة ٧٠٩ بشأن الرهن .

(٢) انظر المواد ٢١٠ و ٢١١ و ٢١٢ من المجلة .

عليه مالا متقوما يقابل ، فى القانون المعاصر ، اشتراط أن يكون الشىء الذى يتعلق به الالتزام داخلا فى دائرة التعامل : أى مشروعا .

٤ — ويجب ، فى النهاية ، أن يكون المعقود عليه محددا تحديدا كافيا نافيا للجهالة الفاحشة . فبيع المجهول فاسد (المادة ٢١٣ مجلة) . كما إذا قال شخص : « بعتك جميع الأشياء التى هى فى ملكى » . وإذا لم يعين المأجور . فان الإيجار لا يصح (المادة ٤٤٩ مجلة) . وكذلك إذا كانت الأجرة غير معلومة (المادة ٤٥٠ مجلة) . ولا تصح هبة الشىء إذا لم يكن معينا (المادة ٨٥٨) .

هذه هى الشروط الأربعة التى تستلزمها « المجلة » فى المعقود عليه . ويلاحظ أنها تقرر بطلان العقد جزاء لتخلف الشروط الثلاثة الأولى ، فى حين أنها تقرر فساد العقد جزاء لتخلف الشرط الأخير .

الفصل الثالث

السبب

٢٠٥ — تناولنا فيما سبق ، من أركان العقد، الرضاء والمحل . وقد حان لنا أن نتناول الركن الثالث والأخير . ونعني به السبب[١] .

ويقصد بالسبب cause ، باعتباره ركناً في العقد ، أو ركناً في الالتزام كما يرى الكثير من الفقهاء ، الغرض الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء ارتضائه التحمل بالالتزام ، أو هو بعبارة أخرى ، الغاية التي يبتغي الملتزم تحقيقها نتيجة تعهده بالالتزام . فالمدين ، حينما يرتضي أن يحمل نفسه بالتزام معين ، يفعل ذلك بالضرورة لغرض يحدوه ، أو غاية يسعى إليها ، ويطلق على هذا الغرض أو تلك الغاية لفظ « السبب » . فالبائع ، مثلا ، يرتضي التحمل بالالتزام بنقل ملكية المبيع للمشتري وبتسليمه إياه ، رغبة منه في الحصول على الثمن الذي يلتزم هذا الأخير بدفعه له . وهكذا فسبب أي من التزامات البائع هو التزام المشتري بدفع الثمن . ومن ناحية أخرى ، يرتضي المشتري التحمل بالالتزام بدفع الثمن ، مدفوعاً في ذلك برغبته في الحصول على المبيع . ولذلك يتمثل التزام البائع ، بما يحقق له هذه الغاية، سبباً لالتزامه .

وسبب الالتزام يتميز بشكل واضح عن محله . فهو ، كما قلنا ، الغاية أو الغرض الذي يسعى الملتزم إلى تحقيقه من وراء تحمله بالالتزام . أما المحل ،

---

(١) المراجع في نظرية السبب كثيرة متعددة . وإلى جانب المؤلفات العامة في نظرية العقد أو نظرية الالتزامات ، نشير هنا إلى جانب من المراجع الخاصة في نظرية السبب :

H. Capitant, De la cause des obligations, 3 me éd., 1927-Josscrand, Les mobiles des actes juridiques, nos 108 et S. — Maury, Encyclopéd. Dalloz, reprtoire dr. Civ.,voire cause-Dabin, thèorie de la cause, th.Liége 1919 — Droat des Monts, la cause immorale, thése Paris 1955 – Maury, le conepte et le rôle de la cause des obligations dans la jurisprudence, rev. trim. dr comparé, 1951 p. 485 et s.

فهو ، كما سبق لنا أن بيناه فى حينه ، الأمر الذى يلتزم المدين بعمله أو بالامتناع عن عمله . وهكذا فالسبب تتضمنه الإجابة عن السؤال : لماذا التزم المدين cur debetur ، وبمعنى أدق ، لماذا أراد المدين أن يلتزم؟ فى حين أن المحل تتضمنه الإجابة على السؤال : بماذا التزم المدين[1] quid debetur ؟

ولا مجال لفكرة السـبب إلا فى الالتزامات الإرادية ، أى تلك التى تنشأ بفعل الإرادة . فهى لا تكون فى الالتزامات غير الإدارية ، أى تلك التى لايكون للإرادة دخل فى ذات نشوئها . فالسبب ، كما قدمنا ، هو الغاية التى يسعى إليها الملتزم من وراء ارتضائه التحمل بالالتزام . فهو لايكون حينما يفرض القانون الالتزام على المدين ، دون أن يكون لإرادته دخل فى تحمله به ، كما هو الحال فى الالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع وعن الإثراء بلا سب ، وتلك التى جرت العادة على نسبتها إلى القانون مباشرة . وإذا وصلنا إلى أن السبب لايكون إلا فى الالتزامات الإرادية ، فهو يكون فيها كلها ، دون تفرقة بين تلك الناشئة عن العقد ، وتلك الناشئة عن التصرف القانونى الصادر من جانب واحد ، كالوصية والوعد بجائزة .

٢٠٦ — ويجب بادىء ذى بدء عدم الخلط بين السبب ، بالمعنى الذى حددناه فيما سـبق ، وبين السبب بمعنى المصدر الذى يتولد الالتزام منه . فلفظ « السبب » يفيد فى نظرية الالتزام ، معنيين أساسيين : فقد يقصد به المصدر الذى يستمد منه الالتزام وجوده ، ويطلق عليه ، حينما يفيد هذا المعنى « السبب المنشىء cause efficiente » . وفى هذا الصدد ، يقال إن العقد ، مثلا ، أو العمل غير المشروع ، سبب للالتزام . وقد يقصد بالسبب الغرض أو الغاية التى يسعى إليها الملتزم من وراء قبوله التحمل بالتزام . ويطلق عليه فى هذا المجال « السبب القصدى cause finale » . ونحن هنا نتناول السبب باعتباره أنه يفيد المعنى الأخير .

٢٠٧ — نشأة فكرة السبب :

لم يعرف الرومان (السبب) ، باعتباره ركناً لازماً لقيام العقد ، ولم

(١) انظر Mazeaud ، المرجع السابق نبذة ٢٥٤ .

يدخلوه أصلا فى مقتضيات قيامه . فاصطلاح « السبب causa » عندهم لايعنى إلا أمراً واحداً ، وهو المصدر المنشىء للالتزام cause efficiente .
وإذا كان السبب ، باعتباره الغرض الذى يسعى المتعاقد إلى تحقيقه من وراء قبوله التحمل بالالتزام ، لم يصل عند الرومان إلى حد الركن اللازم لانعقاد العقد ، فإن فكرته مع ذلك لم تبق بعيدة عنهم . فقد تأثر بها القضاء البريتورى ، وهو فى سبيل العمل على التخفيف من حدة القانون وصرامته ، وجعله متمشياً مع مقتضيات العدالة (١) .

---

(١) وعدم اعتبار السبب ، عند الرومان ، ركنا فى العقد يتمثل منهم سلوكاً طبيعياً ، فى مستهل عهد شريعتهم العريقة . إذ أن العقود كانت وقتئذ خاضعة كلها لسلطان الشكل . ومؤدى ذلك أنه لم يكن يلزم لانعقادها إلا أن تجىء فى الشكل الذى رسمه القانون ، حتى إذا ما جاءت فى هذا الشكل ، قامت صحيحة ، دون اعتداد بعد ذلك حتى بالإرادة فى إنشائها ، ومن باب أولى ، دون اعتداد بالسبب الذى استهدفته تلك الإرادة . وبقى الوضع على حاله ، من غير تعديل فى فن إنشاء العقد ذاته ، حتى بعد أن تواجدت لدى الرومان بعض العقود الرضائية (وهى البيع والإيجار والوكالة والشركة) ، حيث إنهم لم يتطلبوا فيها أن تجىء الإرادة عن سبب يحدوها . وهذا ما يفسر عندهم ظاهرة استقلال الالتزامات بعضها عن البعض الآخر فى العقود الملزمة للجانبين ، وإن أدى تدخل البريتير ، على مر الزمن ، إلى إيجاد شىء من الارتباط بينها بوحى من مقتضيات العدالة .

وكان من شأن عدم ارتكاز العقد فى قيامه على سبب عند الرومان أنه كان من الممكن أن يقوم العقد صحيحاً وأن يتحمل كل من طرفيه بالالتزام الناشىء عنه ، برغم أن الغرض الذى كان يستهدف أى منهم الوصول إليه من ارتضائه غير متحقق . فالمقترض ، مثلا ، الذى يبرم عقد القرض فى الشكل المرسوم ، كان يلتزم بدفع مبلغ القرض ، حتى لو لم يكن قد تسلمه من المقرض .

وهذا الأمر ، وإن تمشى تماماً مع مقتضيات فن تكوين العقد عند الرومان ، إلا أنه سرعان ما استبان تجافيه مع روح العدالة فيهم ، واستدعى الحال تدخل البريتير لرفع هذا التجافى ، أو فى الأقل ، حسر نطاقه . والبريتير ، كما نعلم ، كان يعتبر ملاذ العدالة عند الرومان . وقد لعب بالفعل ، على مر الأيام ، دوراً بارزاً فى تطوير قانونهم وتخفيف حدة وصرامة قواعده .

وتدخل البريتير لم يصل إلى حد الاعتراف بالسبب كركن لازم لقيام العقد . فهو قد أقر بأن العقد يقوم صحيحاً ، حتى ولو لم يستند إلى سبب . بيد إنه إن فعل ذلك ، إلا أنه أعطى للمدين وسيلة يدافع بها عن نفسه ، فى مثل هذه الحالة . وتتمثل هذه الوسيلة فى الدفع بالغش **exceptio doli** . فقد أجاز البريتير (وهو القاضى الرومانى) للمدين أن يدفع بغش الدائن ، إذا ما طالبه بالوفاء بالتزام لا يستند إلى سبب . بل إنه أجاز له أن يأخذ المبادرة ، ويرفع دعوى مبتدأه على دائنه =

٢٠٨ — ولعل الفضل فى نشأة « السبب » باعتباره ركناً لازماً لقيام العقد فى القانون المعاصر ، يرجع إلى الكنسيين les canonistes . ومن الممكن أن يكون الكنسيون قد تلقفوا فكرة السبب فى عمومها من القضاء البريتورى عند الرومان . ولكنهم ، على أية حال ، هم الذين وضحوها وبلوروها ووصلوا بها إلى مرتبة الركن اللازم لقيام العقد . بمعنى أنه إذا لم يتوافر السبب ، أو حتى إذا توافر ولكنه جاء مخالفاً للأخلاق ، وقع العقد باطلا .

ولقد بدأ الكنسيون . فى نظرتهم إلى السبب . يحددونه على نحو ماقال به البريتير الرومانى ، أى على اعتبار أنه الغرض المباشر الأول الذى يسعى المتعاقد إليه من وراء ارتضائه العقد . كما أنهم استهدفوا بالسبب فى أول الأمر . نفس الغاية التى عمد البريتير إلى تحقيقها . وهى توفير العدالة فى العقود . اعتباراً بأنه يتجافى مع العدالة أن يتحمل المتعاقد بما يفرضه العقد عليه من التزام ، إذا كان الغرض الأول الذى التزم من أجله لم يتحقق . فالعدالة تأبى ، مثلا ، أن يلتزم المقترض بدفع مبلغ القرض ، إذا كان الغرض الأول الذى سعى إليه ، وهو تسلمه هذا المبلغ ، لم يتحقق . بيد أن الكنسيين سرعان ماتوسعوا فى فكرة السبب ، فأدخلوا فيه ، إلى جانب الغرض المباشر الأول ، الباعث الشخصى الذى دفع المتعاقد إلى ارتضاء العقد ، الأمر الذى قصدوا به إسباغ الفضيلة على العقود ، بمنعها من أن تتخذ وسيلة لمخالفة الأخلاق . بعد أن عمدوا من قبل إلى توفير العدالة فى العقود . وعلى هذا النحو وصل الكنسيون من تقرير فكرة السبب كركن فى العقد إلى إرساء العقود

= condictio liberationis ، يطلب فيها تقرير براءة ذمته ، تأسيساً على عدم وجود سبب لالتزامه . وأكثر من ذلك كله ، أجاز القضاء البريتورى للمدين الذى يوفى بدين غير مستند إلى سبب ، أن يرفع دعوى على الدائن باسترداد ما وفاه له ، تأسيساً على الإثراء بلا سبب . هكذا نجد أن القانون الرومانى ، وإن لم يعرف السبب كركن لازم لقيام العقد ، وإن لم يجعل لتخلفه أثراً مباشراً فى ذات قيامه كعقد ، إلا أن فكرته فى ذاتها تواجدت ، تحت ظله ، فى القضاء البريتورى ، وإن كان ذلك على غير وضوح كاف ، وكمجرد وسيلة غير مباشرة لتحقيق العدل . وهو إذا تواجد على هذا النحو ، فلم يكن يقصد به إلا الغرض المباشر الأول الذى يسعى الملتزم إلى تحقيقه من وراء تحمله بالالتزام . فلم يدخل فيه الباعث الدافع إلى التعاقد .

على دعامتين أساسيتين ، هما العدالة والفضيلة [1] .

وهكذا نظر الكنسيون إلى « السبب » نظرة عميقة واسعة مدخلين فيه الغرض المباشر الأول والباعث الدافع فى آن معاً . وهى نفس الفكرة التى عاد إليها الفكر القانونى المعاصر . بعد وقت جد طويل . ظل السبب خلاله

---

(١) وكان طبيعياً أن تصادف فكرة السبب حسن القبول فى نفوس الكنسيين ، سيما وقد وصلوا إلى تحرير العقود من ربقة الشكلية التى كانت سائدة عند الرومان ، وأصبحت العقود . فى ظلهم ، رضائية ، إعمالا للمبدأ الذى ساد عندهم ، وهو أن الوفاء بالعهد الذى يقطعه الشخص على نفسه واجب . أياً ما كانت الصورة التى يجىء عليها . فإذا كانت العقود قد تحررت من ربقة الشكل ، وأصبحت الإرادة بمجردها وذاتها قادرة على إنشائها ، فإنه ليس مما يتفق مع نوازع المسيحية أن تترك هذه الإرادة منطلقة بغير حدود ، وإنما يلزم تقييدها بما تستوجبه أخلاق المسيحية وآدابها ، لا سيما ، إرساء مبدأ العدالة فى العقود من وجه ، وجعل العقود بمنأى عن أن تتخذ أداة لتنكب الفضيلة من وجه آخر . ورأى الكنسيون فى «السبب» خير وسيلة للوصول إلى ما يبغون . فاتخذوه أداة لتحقيق هذين الغرضين كليهما .

فمن أجل توفير العدالة فى العقود ، تطلب الكنسيون أن يكون للالتزام سبب ، وإلا وقع العقد باطلا . وفى هذا المجال ، نظروا إلى السبب على اعتبار أنه الغرض المباشر الأول الذى يسعى المتعاقد إليه من وراء ارتضائه التحمل بالتزامه . وهو نفس مدلول فكرة السبب كما تراءى للقضاء البريتورى عند الرومان . وعلى هذا النحو . رأى الكنسيون أنه ، فى العقود الملزمة للجانبين كالبيع ، يتمثل سبب التزام كل متعاقد فى التزام المتعاقد الآخر . وبعبارة أخرى فى الأداء المقابل لأدائه . فإذا لم يكن لالتزام المتعاقد سبب . وبعبارة أخرى إذا لم يكن له مقابل ، وقع العقد باطلا ، ولم يقم بالتالى التزام ذلك المتعاقد . إذ أن فى القول بقيامه تناف مع العدالة لانعدام المقابل . وقد أدت هذه الفكرة بالكنسيين إلى أن يقولوا بمبدأ ارتباط الالتزامات المتقابلة فى العقود الملزمة للجانبين connexité . وقد تركز هذا القول منهم فى الشعار الذى ساد لديهم خلال القرن الثالث عشر . والذى يقول بأنه : « لا يلزم الشخص بأن يراعى عهده مع من لا يراعى عهد نفسه ، أو لا عهد لمن لا عهد له **Non servandi fidem non est fidem servandi** .

وإذا كان الكنسيون قد استهدفوا من استلزام توافر السبب . كركن لازم لقيام العقد ، توافر العدالة فى العقود . ، فإنهم لم يقفوا به عند هذا الهدف وحده على جليل شأنه ، ولكنهم رغبوا به الوصول إلى هدف آخر لا يقل عن سلفه جلالا ونبلا ، ألا وهو منع العقود من أن تتخذ وسيلة لتنكب الفضيلة ومخالفة الأخلاق . وفى سبيل العمل على تحقيق هذا الهدف الأخير ، أدخل الكنسيون فى تحديد السبب ، وكمنصر فيه ، الباعث المستحث الذى يدفع العاقد إلى ارتضاء العقد . وهكذا اتسع مدلول السبب عند الكنسيين عما كان عليه الحال عند الرومان ، فلم يعد مقصوراً على الغرض المباشر وحده ، وإنما شمل إلى جانبه الباعث المستحث الدافع . انظر فيما سبق **Mazeaud** ، المرجع السابق نبذة ٢٥٩ ..

مقصوراً على الغرض المباشر الأول وحده . على نحو ماسنتبينه تفصيلا فيما بعد .

٢٠٩ — النظرية التقليدية فى السبب :

ابتداء من القرن السابع عشر ، أخذ الفقهاء الفرنسيون القدماء يرجعون إلى فكرة السبب ، كما تراءت للبريتير الرومانى ، أى على اعتبار أنها تعنى الغرض القريب المباشر الذى يقصده الملتزم من وراء التزامه . دون الذهاب إلى أبعد من ذلك ، لتقصى البواعث البعيدة التى دفعته إليه . وكان الفقيه Domat من السابقين إلى ذلك ، حيث صاغ من فكرة السبب نظرية عامة محبوكة الأطراف . وأخذ بوتيه[١] Pothier فكرة السبب عن Domat . وعن هذين الفقهين انتقلت إلى مجموعة نابليون .

وبعد صدور مدونة نابليون ، أخذ الفقهاء الفرنسيون يعالجون نظرية السبب على الأسس التى وضع الرومان بذورها الأولى . وقام شراح القانون الفرنسى القديم . لا سيما Domat و Pothier : بصقلها وتنميتها وتهذيباً ، وذلك طوال القرن التاسع عشر ، حتى أطلق على هذه النظرية « النظرية التقليدية » .

وتقوم النظرية التقليدية فى أساسها على التفرقة بين الغرض المباشر القريب الذى يقصده الملتزم من وراء ارتضائه التحمل بالتزامه causa proxima وبين الأغراض الأخرى البعيدة أو غير المباشرة causa remota . وهى

---

(١) ذكر بوتيه ، فى مؤلفه « الالتزامات » ، نبذة ٤٢ و ٤٣ ما يأتى : « يجب أن يكون لكل التزام سبب شريف . ففى عقود المعاوضة ، يكون السبب فى الالتزام الذى يعقده أحد الطرفين هو ما أعطاه الطرف الآخر ، أو ما يلتزم باعطائه إياه أو التبعة التى يتحملها ، وفى عقود التبرع ، يكون الجميل الذى يقصد أحد المتعاقدين أن يسديه للآخر سبباً كافياً للالتزام الذى يعقده نحوه . أما إذا لم يقم الالتزام على أى سبب ، أو إذا كان السبب الذى عقد من أجله الالتزام غير صحيح ، فالالتزام باطل ، ويبطل العقد الذى يتضمنه . ثم ينتقل بوتيه إلى السبب غير المشروع ، فيقول : « إذا كان السبب الذى عقد من أجله الالتزام يجرح العدالة أو حسن النية أو حسن الآداب ، فالالتزام باطل ، ويبطل العقد الذى يتضمنه » . وقد نقلنا هذه الترجمة من كتاب بوتيه عن أستاذنا السنهورى . الوسيط ج ١ نبذة ٢٦٠ .

لا تعتد إلا بالأول ، وترى فيه سبب الالتزام cause finale ، فى حين أنها لا ترى فى الثانية إلا مجرد بواعث تدفع إلى ارتضاء الالتزام causes impulsives . فالبائع ، مثلا ، وكل بائع ، يقصد ، بتحمله بالالتزام بنقل ملكية المبيع ، أن يتحمل المشترى بالالتزام بدفع الثمن . وهذا هو الغرض الأول المباشر الذى يسعى إليه البائع من وراء تحمله بالالتزام . وهو وحده الذى ينهض سبباً لالتزامه هذا . أما البواعث التى دفعت البائع إلى أن يتحمل بالتزامه ، فهى تختلف من شخص لآخر ، ومن حالة لأخرى . فقد يقصد البائع أن يستغل الثمن الذى يدفعه له المشترى فى شراء مال آخر يكون له أنفع مما باعه ، أو فى سفر يزمع القيام به ، أو فى العلاج ، أو فى تعليم نفسه أو أحد من ذويه ، أو فى الإنفاق على الفقراء والمساكين ، أو فى الاتجار فى المخدرات ، إلى غير ذلك كله من الأغراض التى لا تتناهى . والمشترى يقصد بدوره ، من تحمله بالالتزام بدفع الثمن ، غرضاً مباشراً أولا ، هو التزام البائع بنقل ملكية المبيع إليه ، وهذا هو سبب التزامه . أما الدوافع التى حثته على أن يحصل على المبيع ، فهى لا ترتقى إلى مرتبة السبب ، ومن هى بعد تختلف باختلاف الظروف والأحوال . فقد يقصد المشترى من وراء حصوله على المبيع ، إن كان منزلا ، مثلا ، سكناه بنفسه ، أو تأجيره لسكنى الغير ، أو أن يفتتح فيه متجراً أو مقهى أو مستشفى أو نادياً للقمار ، إلى غير ذلك كله من الأغراض التى لا تقع تحت حصر .

هذا هو أساس النظرية التقليدية . ويتركز كما قلنا فى التفرقة بين الغرض المباشر الأول الذى يستهدفه الملتزم من وراء تحمله بالتزامه ، حيث ترى فيه ، وفيه وحده ، سبب هذا الالتزام ، وبين الأغراض التالية البعيدة ، حيث ترى فيها مجرد بواعث دافعة إلى الالتزام .

ونحن إذا قابلنا بين ما تراه النظرية التقليدية سبباً للالتزام وبين ما تراه مجرد باعث دافع إليه ، وجدنا الأول يتميز بأنه : (١) أمر موضوعى objectif ، أى أمر يتعلق بموضوع العقد ذاته ، دون شخصية المتعاقد ، (٢) وأنه أمر داخلى فى العقد intrinsèque لا نتلمسه بعيداً عنه ، وإنما نستمده

من طبيعته . (٣) وأنه فى النهاية ثابت لا يتغير فى العقود التى من طبيعة واحدة invariable . فسبب التزام البائع ، مثلا ، هو التزام المشترى ، وذلك فى جميع عقود البيع ، دون تفريق . أما الثانى ، ونعنى به الباعث الدافع ، فهو يتميز بأمور متناقضة تماماً : (١) فهو أمر ذاتى أو شخصى Subjectif ، أى متصل بشخص المتعاقد نفسه . (٢) وهو أمر خارج عن العقد extrinsèque ، إذ نتلمسه فى نفسية المتعاقد ذاتها . (٣) وهو ، فى النهاية ، متغير variable فى النوع الواحد من العقود بتغير كل حالة .

وبعد أن تفرق النظرية التقليدية بين السبب والباعث الدافع ، تلجأ إلى تحديد السبب فى الطوائف المختلفة للعقود ، وذلك على النحو التالى :

(أ) العقود الملزمة للجانبين : فى العقود الملزمة للجانبين ، ترى النظرية التقليدية فى التزام كل متعاقد سبباً لالتزام المتعاقد الآخر . ففى البيع ، مثلا ، يعتبر سبب التزام البائع هو التزام المشترى بدفع الثمن ، ويعتبر سبب التزام المشترى هو التزام البائع بنقل ملكية المبيع وتسليمه . ووفقاً لهذا التصوير التقليدى ، إذا باع شخص شيئاً محرماً ، كمية مخدرات ، مثلا ، بطل التزامه هو لعدم مشروعية محله . أما التزام المشترى بدفع الثمن ، فهو لا يبطل تأسيساً على المحل ، فمحله مشروع ، إذ هو يقوم على دفع مبلغ من النقود . ولكنه يبطل لعدم مشروعية سببه ، إذ أن سببه هو التزام البائع بنقل ملكية المخدرات وتسليمها .

(ب) عقود التبرع : السبب فى عقود التبرع هو نية التبرع animus donandi ، دون البواعث التى دفعت إليها . فسبب التزام الواهب مثلا ، هو النية التى تحدوه فى أن يتبرع للموهوب له .

(ج) العقود العينية : السبب فى العقود العينية ، أى تلك التى يلزم فيها التسليم لذات قيامها ، كالقرض والوديعة والعارية فى ظل القانون الفرنسى ، هو واقعة التسليم . فسبب التزام المقترض بدفع القرض ، مثلا ، هو سبق تسلمه هذا المبلغ من المقرض .

٢١٠ — مهاجمة النظرية التقليدية :

قليل من النظريات القانونية استهدف للنقد العاتى العنيف ، كما استهدفت له النظرية التقليدية فى السبب . فقد قام كثير من الفقهاء يهاجمون تلك النظرية فى عنف وإصرار ، لدرجة أن أطلق عليهم أعداء أو خصوم السبب (١) . les anticausalistes

وقد هاجم أعداء السبب النظرية التقليدية من وجهين : فقد رأوا فيها من ناحية ، أنها غير صحيحة ، ومن ناحية أخرى أنها غير مفيدة .

(أ) أما عدم صحتها ، فيدعيه أعداء السبب على النحو التالى :

١ — تقول النظرية التقليدية إن سبب التزام المتعاقد فى العقود الملزمة للجانبين ، هو التزام المتعاقد الآخر . ومؤدى ذلك ، فى زعم أعداء السبب ، أن يكون كل من الالتزامين المتقابلين سابقاً للآخر . ولاحقاً له فى نفس الوقت ، اعتباراً بأن التزام كل متعاقد يعتبر سبباً لالتزام المتعاقد الآخر ومسبباً عنه فى آن معاً ، والسبب يسبق المسبب . فإذا قلنا فى عقد البيع ، مثلا ، إن سبب التزام البائع هو التزام المشترى ، وإن سبب التزام المشترى هو التزام البائع ، فإن مؤدى ذلك أن يكون التزام البائع لاحقاً فى نشوئه لالتزام المشترى باعتباره مسبباً عنه ، وفى الوقت نفسه سابقاً عليه باعتباره سبباً له . وهذا غير منطقى من ناحية ، ثم إنه غير صحيح قانوناً ، من ناحية أخرى ، إذ أن الالتزامات المتولدة عن العقد تنتج عنه فى وقت واحد ، كأصل عام .

وهذا النقد يقوم على مغالطة يرجع فضل كشفها للفقيه الكبير Capitant . إذ هو يقوم على اعتبار أن المقصود بالسبب هو السبب المنشىء ، أى ذاك الذى يعتبر مصدراً للالتزام . فى حين أن المقصود بالسبب ، باعتباره ركناً فى العقد ، هو السبب القصدى ، أى الغرض المباشر الذى يقصده الملتزم من وراء التزامه . ولا يوجد ثمة ما يمنع من أن يكون كل من الالتزامين المتقابلين سبباً أحدهما للآخر فى هذا المعنى ، وإن كانا يولدان

---

(١) وكان الفقهاء البلجيكيون من السباقين فى ذلك ، لا سيما Laurant و Ernest . ومن أشهر الفقهاء الذين هاجموا نظرية السبب فى فرنسا العلامة Planiol .

فى نفس الوقت . إذ أن السببية هنا نفسية تتواجد فى ذات نفس المتعاقد . وليست مادية ، بمعنى أن أمراً معيناً ينشىء أمراً آخر .

٢ — السبب فى عقود التبرع ، وفقاً للتصوير التقليدى ، هو نية التبرع كما بينا . وقد انتقد خصوم السبب هذه الفكرة بقولهم إن نية التبرع تدخل فى الرضاء . إذ أن الواهب لا يعتبر أنه ارتضى الهبة ، إلا إذا قصد إعطاء الموهوب له الشىء تبرعاً له به .

وقد حاول أنصار السبب أو السببيون les causalistes كما يطلق عليهم ، لا سيما Capitant ، رد هذا الهجوم ، بمقولة إن الرضاء فى عقود التبرع يتميز عن نية التبرع ، اعتباراً بأن رضاء الواهب هو قبوله إعطاء الشىء الموهوب له ، وهو أمر متميز عن نيته فى إعطائه هذا الشىء تبرعاً منه ، تلك النية التى تعتبر سبباً لالتزامه . وهذا الرد غير مقنع فى الحقيقة ؛ وفيه شىء من التعمل كبير [١] .

٣ — السبب فى العقود العينية . وفق منطق النظرية التقليدية ، هو واقعة التسليم ، كما بينا . وقد انتقد خصوم السبب هذه الفكرة ، بمقولة إن التسليم هو شرط لذات قيام العقد العينى . فكأن النظرية التقليدية تخلط هنا بين السبب المنشىء والسبب القصدى .

وقد دحض أنصار السبب هذا النقد بقولهم إن التسليم لا يعتبر شرطاً لقيام العقد العينى ، إلا من حيث الصياغة القانونية ، لا أكثر . أما من حيث حقيقة الواقع ، فالعقد العينى عقد رضائى ينتج أثره الكامل بمجرد الاتفاق عليه . فالمقرض ، مثلا ، يلتزم بتسليم مبلغ القرض للمقترض ، بمجرد

(١) وقد أدى هذا بالفقيه Capitant نفسه ، وهو من أشد أنصار النظرية التقليدية ، إلى أن يعترف بأن السبب فى عقود التبرع يختلط بالباعث فى حالتين : (الأولى) فى التبرع المقترن بشرط ، كما إذا وهب شخص ماله على أن يخصص ريعه ليكون مكافأة تمنح لأول ليسانس الحقوق . فهنا يسلم Capitant بأن سبب التزام الواهب هو الباعث الذى دفعه إلى التبرع . (الثانية) فى الوصية ، حيث يرى الفقيه الكبير أن سبب التزام الموصى هو الباعث الذى دفعه إلى إجراء الوصية .

تفاقهما على ذلك . فإن نفذ الترامه وسلم هذا المبلغ إلى المقترض . تحمل هذا الأخير بالالتزام بدفع هذا المبلغ إلى المقرض ، ويرجع سب التزامه هذا إلى واقعة التسليم ذاتها . وهذا النقد منطقى . ويتفق تماماً مع النظرة الحديثة للعقود العينية التى تجعل من التسليم أثراً لها . وليس ركناً لازماً لقيامها .

(ب) أما عدم فائدة نظرية السبب ، وهى الناحية الثانية التى تركزت حولها مهاجمة أعدائها إياها . فترجع ، فى نظر هؤلاء إلى إمكان الاستعاضية عن تلك النظرية ، فى العقود الملزمة للجانبين . بتقرير الارتباط بين الالتزامات المتقابلة ، سيما وأن رضاء كل متعاقد بالالتزامات التى تثقله يقوم على اعتبار تحمل المتعاقد الآخر بدوره بالتزاماته . أما فى عقود التبرع وفى العقود العينية ، فيمكن الاستعاضة بالسبب بالقواعد القانونية العامة : لا سيما ما تعلق منها بتوافر الرضاء .

وهذا النقد لا يقوم فى الحقيقة على أساس . وعلى الأخص ما يتعلق منه بالعقود الملزمة للجانبين . فالقول بتقرير الارتباط بين الالتزامات المتقابلة هو بذاته تسليم بفكرة السبب . فهذا الارتباط يقوم لأن كل التزام يرجع فى سببه للالتزام الذى يقابله .

من كل ما سبق يبين أن الهجوم القاسى العاتى العنيف الذى وجه إلى النظرية التقليدية فى السبب لا يقوم ، فى مجموعه ، على أساس ، إذا ما استثنينا ما تعلق منه بالسبب فى عقود التبرع . ولهذا لم يفلح هذا الهجوم فى الإجهاز على فكرة السبب فى ذاتها [1] ، حيث وجدت لها مكاناً رحباً فى

(١) بل إن الكثير من الفقهاء المعاصرين لازالوا يأخذون بنظرية السبب فى شكلها التقليدى ، وعلى الأخص بعد التعديلات التى أدخلها عليها Capitant . وتتركز هذه التعديلات فى ناحيتين أساسيتين :

(الأولى) يرى الفقيه الكبير أنه من الأصوب ، فى العقود الملزمة للجانبين ، القول بأن سبب التزام كل متعاقد ، ليس هو ذات التزام المتعاقد الآخر ، كما تقول النظرية التقليدية فى ثوبها الأصيل ، ولكن تنفيذ هذا الالتزام . فسبب التزام البائع بنقل الملكية ليس هو ذات التزام المشترى بدفع الثمن ، ولكن الوفاء بهذا الثمن . وسبب التزام المشترى بدفع الثمن ، ليس هو ذات التزام البائع بنقل الملكية ، ولكن حصول هذا الانتقال بالفعل . وقد حدت بالفقيه Capitant إلى إجراء هذا التعديل رغبته فى أن يجعل نظرية السبب دعامة للعقد ، ليس عند إبرامه فحسب ، =

أحدث التشريعات ، ومن بينها قانوننا المدنى المصرى . ومن بعده قوانين البلاد العربية الأخرى التى استوحته .

٢١١ — النظرية الحديثة فى السبب :

العيب الذى يشوب النظرية التقليدية ليس هو فى كونها غير صحيحة أو غير مفيدة ، كما زعم أعداؤها . بل هو يتركز فى قصرها وضيق أفقها . الأمر الذى أدى بها إلى جدب إثمارها وضعف فائدتها . فإذا كان مؤدى نظرية السبب أن نتقصى الغرض الذى دفع المتعاقد إلى ارتضاء الالتزام الذى يتحمل به ، فلماذا نقف عند الغرض المباشر الأول . فلا نتعداه إلى غيره من الأغراض الأخرى التى تكون مثله دافعة إلى التعاقد . لماذا نقف فى منتصف الطريق ، دون أن نسير فيه إلى نهايته ؟ فإذا اشترى شخص ، مثلا ، منزلا

= وإنما طوال حياته أيضاً . فلا يقتصر الأمر على تقرير بطلان العقد، إذا ما تخلف السبب أو كان غير مشروع منذ البداية ، ولكن العقد يتأثر أيضاً بما يعترى سبب الالتزام بعد نشأته . فإذ هلك المبيع ، مثلا ، بعد البيع ، وزال بالتالى سبب التزام المشترى ، كان هذا الأخير فى حل من تنفيذ التزامه . وإذا امتنع البائع عن تنفيذ التزاماته ، جاز للمشترى أن يمتنع بدوره عن تنفيذ التزامه ، أو أن يفسخ البيع .

(الثانية) والناحية الثانية التى شملها التعديل الذى أجراه الفقيه الكبير Capitant فى النظرية التقليدية تتعلق بالسبب فى عقود التبرع ، حيث خلط بينه وبين الباعث فى الهبة المقترنة بشرط إنفاق ريع الموهوب على وجه معين وفى الوصية ، على النحو الذى أوضحناه فيما سبق (انظر ص ٤٣٧ هامش ١) .

ويلاحظ أن التعديل الأول الذى أدخله Capitant على نظرية السبب ، والذى يتمثل فى قوله إن سبب التزام المتعاقد ، فى العقود الملزمة للجانبين ، ليس هو ذات التزام المتعاقد الآخر ، ولكنه هو الوفاء به ؛ يلاحظ أن هذا التعديل لم يخل من النقد . إذ أن العاقد ، ونعم أنه يستهدف حقيقة حصوله على مقابل التزامه هو ، أى قيام العاقد الآخر بالوفاء بالتزامه . إلا أنه يستهدف بادىء ذى بدء تحميل هذا العاقد الآخر بالتزامه ، حتى يقوم بعد ذلك بالوفاء به . فكيف للعاقد أن يصل إلى أن يوفى له غريمه بالتزامه ، قبل أن تنشغل ذمته به . فالقول من Capitant أن سبب التزام العاقد هو وفاء العاقد الآخر بالتزامه فيه تجاهل لغرض أسبق ، وهو قيام الالتزام فى ذمة هذا العاقد الآخر . فقبل الوصول إلى الغاية ، ينبغى بادىء ذى بدء أن تتحقق الوسيلة التى تصلنا بها . انظر فى هذا المعنى : Maury, Enc. Dalloz, cause no 26. Rev. tr. dr. com., 1951. P. 495.

بغية اعداده لمباشرة العهارة فيه ، والتزم بالتالى بدفع ثمنه ، فنحن نتقصى الغرض الذى حدا به إلى قبول التحمل بهذا الالتزام . ولا جدال أنه قصد بذلك الحصول على ملكية المبيع ، كغرض مباشر أول ، وهو غرض مشروع لا غبار عليه . ولكننا لماذا نقف ، كما تفعل النظرية التقليدية عند هذا الحد ؟ لماذا لا نتعمق أكثر ، فنتقصى الغرض التالى ونعتد به ، كلما كان دافعاً إلى التعاقد وملحوظاً عند إجرائه ؟ ونحن ، إن فعلنا ، وجدنا أن الغرض التالى الذى يستهدفه المشترى ، فى مثالنا ، بعد أن يتحقق له الغرض المباشر الأول (الحصول على ملكية المنزل) ، هو استعماله فى مباشرة العهارة . وهو غرض ناب مخالف لحسن الآداب . وهكذا نستطيع هنا أن نبطل عقد البيع ، على خلاف ما توحى به النظرية التقليدية . ولا جدال فى أن الأخذ بهذه الفكرة الجديدة يوسع الباب لاعتبارات النظام العام وحسن الآداب ، لكى تنفذ على نحو أرحب ، فتنهض قيداً يرد على الإرادة ، يحد من انحرافها ويحول دون التجائها إلى ما فيه مخالفة لأسس المجتمع وحميد أخلاقياته .

هكذا ولدت النظرية الحديثة فى السبب . وقوامها أنها لا تقف عند الغرض المباشر الأول ، أو السبب القصدى ، كما تسميه النظرية التقليدية ، بل تدخل ، فى سبب الالتزام ، الباعث المستحث الذى دفع الملتزم للتحمل بالالتزام . فوفقا لمنطق هذه النظرية ، لا يعتبر سبب التزام المشترى ، فى البيع الذى يعقده لحصوله على منزل لكى يباشر العهارة فيه ، هو مجرد تحمل البائع بالالتزام بنقل ملكية المنزل إليه ، كما تقول بذلك النظرية التقليدية فى ثوبها الأصيل ، ولا حصول هذا الانتقال إليه بالفعل ، كما تقول به تلك النظرية بعد التعديل الذى أدخله عليها Capitant ، ولكن يرجع سبب هذا الالتزام إلى رغبة المشترى فى الحصول على ملكية المنزل لمباشرة العهارة فيه . وبهذا تصل النظرية الحديثة إلى بطلان البيع فى هذه الحالة ، لعدم مشروعية السبب ، بشرط أن يكون البائع عالماً بالغرض الذى استهدفه المشترى ، أو كان يستطيع فى الأقل أن يعلم به . هكذا تكسرت من جديد الحواجز التى أقامها الرومان ، وسار عليها من بعدهم الفقهاء التقليديون بين

السبب القصدى ، بمعنى الغرض المباشر الأول ، وبين الباعث الدافع إلى التعاقد ، وعدنا بذلك مرة أخرى إلى نظرية السبب ، كما ابتدعها الفقهاء الكنسيون .

خلاصة ما سبق أن النظرية الحديثة لا تقف . فى تحديد السبب . عند السبب القصدى . بمعنى الغرض المباشر الأول . ولكنها تدخل فيه الباعث الدافع إلى التعاقد . كلما كان متصلا بالمتعاقد الآخر ، بمعنى أن يكون هذا عالماً به ، أو كان يستطيع فى الأقل أن يعلم به . فليس كل باعث يدخل عنصراً فى السبب . وإنما يلزم أن يكون هذا الباعث هو الدافع إلى التعاقد . بمعنى أن يكون هو الذى أدى بالمدين إلى أن يرتضى التحمل بالالتزام . بحيث إنه لولاه لما ارتضاه . ثم يلزم ، فوق ذلك ، أن يكون المتعاقد الآخر على بينة من هذا الباعث . أو كان يستطيع فى الأقل أن يعلم به [١] . وذلك فى المعاوضات على الأقل . فإن بقى الباعث مجرد أمر داخلى كامن فى نفس المتعاقد ، لم يعلم به غريمه ، ولم يكن فى استطاعته أن يعلم به ، ظل غريباً عن العقد ، ولم يدخل عنصراً فى تكوين السبب . ففى مثالنا السابق الخاص بشراء منزل بغية مباشرة العهارة فيه ، لا يدخل هذا الباعث عنصراً فى السبب . ويؤدى بالتالى إلى بطلان البيع ، إلا إذا كان البائع عالما به ، أو كان يستطيع فى الأقل أن يعلم به [٢] ، لو أنه بذل من الحرص ما تفرضه الظروف على الرجل المعتاد .

---

(١) انظر فى هذا المعنى Mazeaud ، المرجع السابق ، نبذة ٢٦٩ .

(٢) ويلاحظ أن منطق الأمور يقتضى منا ألا نتطلب اتصال الباعث الذى يدفع أحد العاقدين إلى ارتضاء العقد بعلم العاقد الآخر ، لكى يدخل فى مضمون السبب ، إلا فى الحالة التى ترفع فيها دعوى البطلان من صاحب هذا الباعث نفسه . أما إذا رفعت دعوى البطلان من العاقد الآخر ، فليس يوجد أى مقتض لأن يكون الباعث الذى دفع غريمه معلوما لديه عند العقد . فالغاية من تطلب اتصال الباعث الدافع بالعاقد الآخر هو تأمين هذا العاقد نفسه من خطر البطلان ، فى الحالة التى يكون جاهلا إياه تماماً ، اعتباراً بأن استقرار المعاملات يقتضى ذلك . ولكن إذا رفعت دعوى البطلان من العاقد الآخر ضد صاحب الباعث نفسه ، فلا معنى أن نتطلب أن يكون الأول عالماً بهذا الباعث عند العقد . فلو أن شخصاً استأجر ، مثلا ، داراً ليجعل منها وكراً للدعارة ، ثم طلب هو بطلان الإيجار ، تأسيساً على عدم مشروعية السبب ، فإنه يكون من المنطق أن نتطلب =

هذا هو مؤدى النظرية الحديثة فى السبب . وهى لا تفرق ، فى اعتدادها بالباعث الدافع المعلوم من الطرف الآخر ، بين المعاوضات والتبرعات . وإن وجد اتجاه قوى فى الفقه يقتصر على اشتراط هذا العلم فى المعاوضات وحدها دون التبرعات [(١)] . وهو اتجاه لم يجمع القضاء عليه . بل لعله أميل إلى عدم مسايرته [(٢)] . وأياً ما كان الأمر ، فيندر جداً فى مجال عقود التبرع أن يكون المتبرع له جاهلا بالباعث الآثم الذى دفع المتبرع إلى أن يتبرع له .

ويلاحظ أن النظرية الحديثة لا تهجر منطق النظرية التقليدية على إطلاقه . فهى لا تعدو أن تكون مكملة له . مع استثناء ما تعلق منه بالتبرعات . فهى مازالت تعتد . فى العقود الملزمة للجانبين . بالسبب القصدى . بمعنى الغرض

= اتصال ذلك الباعث الخبيث بعلم المؤجر . وإلا رأينا هذا الأخير وقد حرم من العقد ، نتيجة البطلان . فى حين أنه لا يوجد ما يؤخذ عليه . ولكن إذا كان رافع دعوى البطلان هو المؤجر نفسه ، فهل يكون من المنطق أن نحول بينه وبين الوصول إلى البطلان بمقولة إنه لم يكن يعلم ، عند العقد ، بالباعث الذى دفع المستأجر إلى إبرام العقد ، وأن هذا الباعث بالتالى لا يدخل فى تكوين السبب ؟ واضح أن مثل هذا القول يتجافى مع المنطق ، من وجه ، ولا يتمشى مع الغاية التى من أجلها استلزم اتصال الباعث بالعاقد الآخر ، ومن وجه ثان . انظر فى هذا المعنى : Mazeaud المرجع السابق . نبذة ٢٦٩ . وأنظر كذلك : Planiol, Ripert et Esmein ، ج ٦ نبذة ٢٧٨ — وانظر أيضاً : عبد المنعم الصدة ، المرجع السابق ، نبذة ٢٣٣ — وقارن : جلال زكى . المرجع السابق نبذة ١١٥ .

وقارن نقض فرنسى مدنى ٤ ديسمبر ١٩٥٦ ، Sem. Jur. — ٢ — ١٠٠٠٨ وتعليق J. Mazeaud .

(١) راجع : Josserand . فى مؤلفه القيم Les mobiles . نبذة ١٥٩ و ٢٦١ . وانظر أيضاً : Mazeaud ، المرجع السابق . وانظر كذلك Marty et Raynaud المرجع السابق . نبذة ١٩١ . وانظر عكس هذا الرأى : السنهورى الوسيط ج ١ نبذة ٢٨٣ .

(٢) أنظر : نقض فرنسى عرائض ٢٤ يونيه ١٩٣٦ ، D.H. ١٩٣٦ ص ٤٠٩ ، سيرى ١٩٣٦ — ١ — ٣٤٨ . وقد ذكر هذا الحكم اشتراك العاقدين فى عدم مشروعية الباعث كشرط لإبطال التبرع . برغم أن هذا الأمر لم يكن محل بحث فى القضية . وانظر كذلك Gronoble ديسمبر ١٩٤٥ ، سيرى ١٩٤٦ — ٢ — ٢٢ . وقد رفض هذا الحكم تقرير بطلان هبة مستورة ، اعتباراً بأن الباعث المنافى للأخلاق لم يكن مشتركاً بين العاقدين . وانظر أيضاً نقض مصرى ١٩/١١/٧٩ ، مجموعة النقض س ٣٠ ص ١٠٣ رقم ٣٥٨ ، الذى جاء فى شأن دعوى بطلان هبة ، يقول إن السبب غير المشروع الذى من شأنه أن يبطل العقد وفقاً لحكم المادة ١٣٦ مدنى ، يجب أن يكون معلوماً من المتعاقد الآخر .

المباشر الأول . كل ما هنالك أنها لا تقف عنده ، بل تزيد عليه الباعث الدافع ، بشرط أن يكون المتعاقد الآخر عالماً به أو فى استطاعته أن يعلم به (١) .

أما فى التبرعات . فترى النظرية الحديثة أن سبب التزام المتبرع هو الرغبة فى إسداء الجميل للمتبرع له . ثم تضيف إليه الباعث الدافع . إذا كان ملحوظاً فى التعاقد . بمعنى أن يكون الموهوب له . مثلا . عالماً به . أو كان فى مقدوره أن يعلم به . لو أنه بذل جهد الرجل العادى .

وقد طبقت المحاكم . سواء فى فرنسا أو فى مصر تحت ظل قانونها القديم . النظرية الحديثة فى السبب على نطاق واسع . وذلك فى المعاوضات والتبرعات على حد سواء . فقضت ببطلان عقد البيع أو الإيجار . إذا كان المشترى أو المستأجر قد عقده بغية مباشرة الدعارة أو لعب القمار فى العين المشتراه أو مستأجرة(٢) . مادام البائع أو المؤجر كان عالماً أو كان فى استطاعته أن يعلم بقبيح قصده . وقضت كذلك ببطلان القرض الذى يبرم بغية تمكين المقترض من مباشرة العهارة أو لعب القمار أو اللحاق بالخليل(٣) أو الخليلة . وقضت أيضاً

---

(١) وقد أصابت محكمة الزقازيق الابتدائية (حكم صادر فى ٢٠ فبراير ١٩٣٠ ، منشور فى مجلة المحاماة المصرية) عين الحقيقة ، عندما قالت ، فى هذا الصدد ، بأن القضاء قد جرى على اعتبار الباعث فى مرتبة واحدة مع السبب المباشر ، وذلك فى حالة ما إذا كان العاقد الآخر يعلم بهذا الباعث ، وبأن الباعث يعتبر فى هذه الحالة ملاحظاً فى العقد ، وأنه بدونه لا يمكن لهذا الأخير أن يتم .

(٢) انظر من أحكام القضاء الفرنسى : نقض مدنى ١٩٤٥/١٢/٢٧ ، Gaz. Pal. ١٩٤٦ ، ١ ، ١٨ ومنشور أيضاً ، فى rev. tr. dr. civ. ١٩٤٦ ص ١٢٤ وملاحظات الأخوين Mazeaud — نقض إجتماعى ١٩٥٧/١٠/٢٧ Bull. Civ. ١٩٥٧ ، رقم ١٠٢٧ ص ٧٣١ — استئناف Nimes ١٩٦٦/١١/٢٦ ، Sem. Jur. ١٩٦٧ ، ٢ ، ١٥٢٩٨ .

(٣) انظر نقض فرنسى عرائض ١٩٢٣/٤/١٧ ، دالوز ٩٢٣—١— ١٧٢ . وتتلخص وقائع القضية التى صدر فيها هذا الحكم فى أن امرأة متزوجة اقترضت من أحد الأشخاص مبلغاً من النقود ، لكى تستطيع أن تلحق بعشيقها فى جنيف ، ولحقت به بالفعل ، وذلك بعلم المقرض . طالب المقرض بعد ذلك بمبلغ القرض . وقضى فى الدعوى ببطلان عقد القرض ، تأسيساً على عدم مشروعية السبب .

ببطلان الهبة التي يعقدها شخص لإمرأة، لكي يتوصل بها إلى معاشرتها حراماً، أو لكي تستمر معه في تلك المعاشرة. أو لكي يستعيدها معها. أو ليكافأها عليها [١]. أما الهبة التي يعقدها الخليل لخليلته. بعد انتهاء المعاشرة الآثمة، وبغية تعويضها عما لحقها من أضرار بسببها. فهي صحيحة [٢]. وقضت محكمة النقض المصرية ببطلان هبة عقدها أب لإبنه، تأسيساً على أن الباعث إليها هو قصر حقه في إرثه بعد موته على الأرض الموهوبة دون باقي أراضيه، وهو باعث غير مشروع لمخالفته أحكام الميراث [٣].

هذه هي النظرية الحديثة في السبب. وهي من خلق القضاء. حتى أطلق عليها أيضا: « نظرية القضاء في السبب ».

وقد انحازت الأغلبية الكبرى من الفقهاء، سواء في فرنسا أو في مصر، إلى تلك النظرية من ناحية أنها لا تقف، في مجال تحديد مضمون السبب، عند الغرض المباشر الأول. على نحو ما ذهبت إليه النظرية التقليدية. وإنما تعتد أيضا بالباعث المستحث الدافع إلى التعاقد.

ولكن الفقه في مجموعه، في سبيل تحقيق الهدف الذي نادى به القضاء

---

(١) انظر: نقض مدني فرنسي١٤/١٠/١٩٤٠، D.H. ١٩٤٠ص١٧٤–٢٨/١٠/١٩٥٢ G.C.P. ١٩٥٣، ٢، ٧٦٤٧ – استئناف باريس ١٤-٦-١٩٥٥ G.C.P. ١٩٥٦، ٢، ٩٣٠٣ وتعليق Rabut – نقض مدني ٨/١٠/١٩٥٧ G.C.P. ٥٧/٢/١٠٢٣٤، منشور أيضاً في دالوز ١٩٥٨ ص ٣١٧ وتعليق Esmein .

(٢) إذا كانت الهبة بقصد تعويض الخليلة عما لحقها من ضرر من جراء إساءة سمعتها أو بقصد تأمين مستقبلها بعد انقطاع المعاشرة، فإنها تقع صحيحة، لمشروعية الباعث الدافع إليها (انظر استئناف مصر ١٣ يونيه ١٩٠٩، المجموعة الرسمية س ١١ رقم ٢ ص ٦ – اسكندرية المختلطة ٨ يونية ١٩١٦، جازيت ٦ رقم ٣٦، ص ١٧٦). بل إن إعطاء الشيء هنا للخليلة، على نحو ما يسود في الفكر القانوني الفرنسي، لا يعتبر هبة، إنما وفاء لالتزام طبيعي (نقض باريس ١١ مارس ١٩٠٨ Sirey ١٩٠٨ – ١ – ١٧٠). وانظر في هذا الاتجاه Mazeaud، دروس القانون المدني ج ٢ نبذة ٢٨٠.

(٣) راجع نقض ٢٩/١١/١٩٧٩، مجموعة النقض س ٣٠ ص ٣ ١٠ رقم٣٥٨، وقد سبقت الإشارة إليه، ورأينا أن الصواب في واقعات الدعوى التي صدر فيها هذا الحكم هو تأسيس البطلان على عدم مشروعية المحل باعتبار الهبة واردة على تركةمستقبلة إعمالا للمادة ١٣١/٢. (راجع ما سبق ص ٤١٨ هامش ١).

وأيده هو وباركه ، لجأ إلى فكرة قوامها ازدواجية السبب ، بمعنى أنه لا يوجد في مجال العقد سبب واحد يعتد فيه بالغرض المباشر الأول وبالباعث الدافع في آن معا . وإنما يوجد هناك سببان . سبب للعقد وسبب للالتزام . وحددوا سبب الالتزام بالغرض المباشر الأول . وهو الذى عناه التقليديون بقولهم «السبب القصدى cause finale » والذى اعتدوا به وحده . فى حين أنهم يرون فى سبب العقد الباعث المستحث الذى يدفع العاقد إلى ارتضائه . وهو الأمر الذى لم يكن التقليديون يدخلونه فى اعتبارهم عند تحديدهم السبب كركن لازم لقيام العقد . اعتبارا بأنه مجرد باعث دافع impulsive . ولقد راجت تلك الفكرة رواجاً كبيراً . سواء فى فرنسا (١) أم فى مصر (٢) .

وأياً ما كان من أمر رواج فكرة ازدواجية السبب فى الفقه المعاصر . فإننا نراها غير مقبولة . لأن من شأنها أن تؤدى إلى تجزئة إرادة العاقد وهو يرتضى التعاقد . فى حين أنها لا يمكن أن تكون إلا واحدة . فالمتعاقد . حينما يرتضى العقد الذى يبرمه . لا تكون له إلا إرادة واحدة . وهى إرادة تقوم . فى نفس الوقت . على إبرام العقد . وعلى تحمله بالالتزامات التى من شأن هذا العقد أن يرتبها فى ذمته . وما دامت الإرادة واحدة . فلا يكون لها إلا سبب واحد . وإن أمكن لهذا السبب أن تتعدد منه العناصر .

وإذا كانت الغاية من ابتداع فكرة « سبب العقد » ، باعتبارها متغايرة مع فكرة « سبب الالتزام » هى الاعتداد بالباعث الشخصى الدافع إلى التعاقد ، إلى جانب الغرض المباشر الأول ، فإن أسلم طريق إلى ذلك هو القول بأن السبب هو الغرض المباشر الأول مضافاً إليه الباعث المستحث الدافع إلى التعاقد . وهكذا فالفكرة السليمة لا تقوم على ازدواجية السبب . ولكنها تقوم على ازدواجية العناصر التى يتكون منها السبب .

(١) راجع على الأخص من الفقهاء الفرنسيين القائلين بازدواجية السبب : **Mazeaud** ، المرجع السابق ، ج ٢ نبذة ٢٥٥ — **Marty et Raynaud** ، المرجع السابق نبذة ١٨٥ وما بعدها .

(٢) راجع : عبد المنعم الصده ، المرجع السابق نبذة ٢٣١ — أنور سلطان ، المرجع السابق نبذة ٢٠٨ — حشمت أبو ستيت نبذة ٢٣٣ .

٢١٢ — « السبب » فى القانون المصرى :

آثر القانون المدنى المصرى ، شأنه فى ذلك شأن الأغلب من قوانين بلادنا العربية الأخرى [١] ، أن يأخذ بالسبب كركن لازم لقيام العقد ، إلى جانب الرضاء والمحل . وهو ، إذ يفعل ، يساير النزعة اللاتينية التى يتزعمها قانون نابليون (المادة ١١٣١ إلى ١١٣٣) ، وتسير فى فلكها قوانين أخرى عديدة [٢]. فقانوننا ، شأنه فى ذلك شأن غيره من كثرة قوانين بلادنا العربية الأخرى وغيرها من بلاد الدنيا قاطبة ، يتطلب ، لذات قيام العقد ، أن يكون للالتزام سبب ، وأن يكون هذا السبب مشروعا .

والقانون المدنى المصرى ، إذ يجعل من السبب ، فى وجوده ومشروعيته ، أمراً لازماً لا يقوم العقد بغيره ، يستهدف ، تحقيق العدالة فى العقود ، من وجه ، وإضفاء الشرعية والفضيلة على العقود من وجه آخر . وهو إذ يحذو فى ذلك حذو الأغلبية الكبرى من قوانين البلاد المتحضرة عامة ، والبلاد العربية منها خاصة ، يتجاوب تماماً مع هدف الشريعة الإسلامية الغراء المتمثل فى منع العقود من أن تتخذ وسيلة لمخالفة صالح المجتمع وتنكب طريق الفضيلة والخلق الجميل [٣] .

واعتراف قانوننا بالسبب كركن لازم لقيام العقد ، جنباً إلى جنب مع الرضاء والمحل ، جاء منه فى المادة ١٣٦ ، التى تقضى بأنه : « إذا لم يكن للالتزام سبب ، أو كان سببه مخالفا للنظام العام أو الآداب ، كان العقد باطلا » .

---

(١) انظر : المادة ١٣٧ من القانون المدنى السورى ، والمادة ١٣٦ من القانون المدنى الليبى ، والمادة ١٣٢ من القانون المدنى العراقى ، والمادة ١٦٥ من القانون الأردنى ، والفصل ٦٢ من مدونة الالتزامات والعقود المغربية ، والمادة ١٧٦ من القانون المدنى الكويتى . وانظر المواد من ١٩٤ إلى ٢٠٠ من القانون اللبنانى .

(٢) من القوانين الأجنبية التى تأخذ بالسبب كركن لازم لقيام العقد . القانون الإيطالى (المواد من ١١١٩ إلى ١١٢٢) — القانون الأسبانى (المواد ١٢٧٤ إلى ١٢٧٧) — القانون الهولندى (المواد ١٢٧١ إلى ١٢٧٣) — قانون كيبك (المادتان ٩٨٩ و ٩٩٩) — مشروع القانون الفرنسى الإيطالى (المواد ٢٧ إلى ٢٩) .

(٣) راجع فى فكرة السبب فى الفقه الإسلامى ما سيجىء ، نبذة ٢١٩ .

وهكذا فالسبب ، فى ظل القانون المصرى ، ركن لازم لقيام العقد [١] ، يتحتم تواجده فيه ، كما يلزم أن يكون مشروعاً . فإن لم يتواجد السبب فى العقد ، أو تواجد ولكنه جاء غير مشروع ، تخلف عن العقد أحد أركانه ، فلا يقوم ، وبعبارة أخرى يقع باطلا . وسوف نعود إلى ذلك بعد قليل .

٢١٣ – مضمون السبب فى القانون المصرى :

إذا كان قانوننا المصرى يأخذ بالسبب كأساس للعقد ، بل للتصرف القانونى بوجه عام ، فما معناه عنده ؟ هل هو ينحاز ، فى تحديد هذا المعنى إلى النظرية التقليدية ، فيقف عند الغرض المباشر الأول ، أى السبب القصدى ، أم أنه ينحاز إلى النظرية الحديثة ، فيعتد بالباعث الدافع إلى التعاقد ، طالما كان المتعاقد الآخر يعلم أو كان فى استطاعته أن يعلم به ؟

لا يوجد فى صلب التقنين ما يقطع فى الأمر بقول فصل . فقد اكتفى المشرع بالقول بوجوب توافر السبب ، وبأن يكون هذا السبب مشروعاً ، دون أن يحدد المقصود منه . ومع ذلك ، فلا يمكن أن يثور شك فى أن مشرعنا أراد أن ينحاز ، فى تحديده لمضمون السبب ، إلى النظرية الحديثة ، معتداً فى ذلك بالباعث الدافع إلى التعاقد ، وغير واقف عند مجرد الغرض المباشر الأول . والأعمال التحضيرية قاطعة فى هذا الأمر [٢] .

---

(١) ثمة آراء متباينة فى الفقه حول دور السبب . فالبعض يراه ركناً فى العقد ، والبعض الآخر يراه ركناً فى الالتزام الذى يولده العقد . والبعض الثالث يراه ركناً فى الإرادة التى تقيم العقد . والجدل فى ذلك غير منتج . إذ أن عدم وجود السبب أو عدم مشروعيته يؤدى على أية حال إلى بطلان العقد ، أياً ما كان الأمر الذى يلحق به . ثم إنه لو قيل بأن السبب يعتبر ركنا فى الالتزام أو الإرادة ، فانه حتى فى هذه الحالة ، يعتبر ركناً أيضاً فى العقد ، وإن كان ذلك بطريق غير مباشر .

(٢) فقد جاء فى المذكرة الإيضاحية ، فى نظرتها العامة عن السبب (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢٢٥) ما يأتى : « لم ينهج المشروع نهج التقنينات الجرمانية بشأن نظرية السبب ، بل اختار على النقيض من ذلك مذهب التقنينات اللاتينية وانتصر معها لهذه النظرية . والواقع أن السبب كما يصوره القضاءان الفرنسى والمصرى بمعنى الباعث المستحث يدخل فى نطاق القانون المدنى عنصراً نفسياً من عناصر الأخلاق يحد من نزعته المادية ، وهى بعد نزعة اشتد طغيانها فى بعض الأحيان . ثم جاء فى المذكرة الإيضاحية (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ –

ولكن إذا كان قانوننا يعتد ، كما تفعل النظرية الحديثة ، بالباعث الدافع إلى التعاقد ، فهل يرى فيه وحده سبب الالتزام ، ويهمل بالتالى كلية السبب فى معناه التقليدى : أى بمعنى الغرض المباشر ، وبعبارة أخرى السبب القصدى ؟

قد يفهم ذلك من المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى . حيث جاء فيها أن السبب هو الباعث المستحث [1] . وقد قال أيضا بهذا الرأى أستاذنا الكبير السنهورى . الأمر الذى حدا به إلى أن يأخذ على قانوننا ما أورده فى المادة ١٣٦ منه . والذى يدل على أنه من الممكن وجود التزام بلا سبب ، اعتباراً بأن إرادة المدين لابد أن تكون مدفوعة بباعث : وإلا كانت غير واعية : وما اهتم بها القانون [2] .

ولا يمكننا التسليم بهذا الرأى . فهو يقوم فى رأينا على فهم غير دقيق للنظرية الحديثة فى السبب . فهذه النظرية . وإن اعتدت بالباعث الدافع . فهى تعتد به إلى جانب الغرض المباشر . أى السبب القصدى [3] : ثم إن هذه النظرية لا تعتد بالباعث الدافع ، إلا إذا كان معلوماً من الطرف الآخر على النحو الذى حددناه . فما الحكم إذا لم يتوافر هذا العلم : هل نقول هنا إن العقد يقوم برغم عدم توافر السبب . أى أنه يصبح تصرفاً مجرداً ؟ وفضلا عما سبق فإن الأخذ بالرأى الذى نعارضه يتجافى مع المنطق : إذ كيف نعتد بالباعث الدافع . وهو غرض تال وغير مباشر استهدفه المتعاقد ، ونهمل فى الوقت نفسه الغرض المباشر الأول الذى قصده هذا المتعاقد بادىء ذى بدء ؟ بل إن

= ص ٢٢٧) . تعليقاً على المادتين ١٨٩ و ١٩٠ من المشروع التمهيدى ، اللتين أصبحتا بعد دمجهما المادة ١٣٦ من القانون ، ما يأتى : « يقصد بالسبب معناه الحديث ، كما يتمثله القضاءان المصرى والفرنسى فى العصر الحاضر . فهو بهذه المثابة الباعث المستحث فى التصرفات القانونية كافة . لا فرق فى ذلك بين التبرعات والمعاوضات » .

(١) انظر الهامش السابق .

(٢) راجع السنهورى . الوسيط ج ١ ، نبذة ٢٨٩ و ٢٩٤ .

(٣) وقد عبرت عن ذلك خير تعبير محكمة الزقازيق الابتدائية فى حكمها الصادر فى ٢٠ فبراير سنة ١٩٣٠ (المحاماة س ١١ رقم ٣٩ ص ٧٢) ؛ حيث جاء فيه أن القضاء قد جرى على اعتبار الباعث ، إذا كان المتعاقد الآخر يعلم به ، فى مرتبة واحدة مع السبب المباشر .

الأخذ بهذا الرأى يؤدى إلى نتائج شاذة . فلو أن شخصاً ، مثلا ، تعهد لآخر بأن يدفع له مبلغاً من النقود ، على اعتبار أنه سوف يأخذه منه على سبيل قرض ينفقه فى بناء مسجد ، دون أن يأخذ منه هذا المبلغ بالفعل ، فى مثل هذه الحالة ، لو أننا قصرنا السبب على الباعث الدافع وحده ، لوجدنا التزام المتعهد سليماً ، اعتباراً بأن الباعث الدافع إلى قيامه هو بناء المسجد ، وهو غرض مشروع ، وتعين بالتالى وجوب قيام المتعهد بدفع مبلغ القرض برغم أنه لم يتسلمه . وتلك نتيجة تتجافى مع القانون فى أبسط مظاهره . فى حين أننا لو اعتددنا أيضا ، ونحن نحدد مضمون السبب ، بالغرض المباشر الأول ، إلى جانب الباعث الدافع ، لوصلنا إلى أن سبب التزام المتعهد بدفع المبلغ هو تسلمه إياه لبناء المسجد . ونصل بذلك إلى بطلان هذا التعهد ، لعدم تحقق العنصر الأساسى فى السبب ، ألا وهو واقعة تسلم المبلغ . وأخيراً فإن الرأى الذى نعارضه يصطدم بنص المادة ١٣٦ . فهذه المادة تقضى بأنه : « إذا لم يكن للالتزام سبب ... كان العقد باطلا » . فهى بذلك تفترض حالات لا يوجد فيها سبب . وهذا الافتراض لا يتمشى مع اعتبار السبب هو الباعث الدافع وحده . إذ أنه لا يمكن تصور إرادة ترتضى إلزام صاحبها ، دون أن تكون مدفوعة فى ذلك بباعث ، ما لم تكن تلك الإرادة غير واعية ، الأمر الذى يؤدى بالقانون إلى إهدارها .

يظهر مما سبق أنه ، وإن سلمنا بوجوب الاعتداد ، تحت ظل قانوننا المصرى ، بالباعث الدافع ، إلا أنه لا يمكننا أن نرى فيه وحده مضمون السبب الذى يعتبر ركنا فى العقد ، وإنما يلزم أن يجىء هذا الباعث الدافع كعنصر ثان ينضاف إلى الغرض المباشر الأول ، ليكونا معاً مضمون السبب .

والفقه المصرى فى أغلبيته يسير على أنه لا ينبغى الوقوف عند الباعث الدافع وحده ، وإنما يلزم أيضا الاعتداد بالغرض المباشر الأول . وهو إذ يفعل ذلك يتجاوب مع الفقه الفرنسى . وقد أدى به هذا النظر إلى أن يجمع أو يكاد على

معارضة رأى أستاذنا الكبير السنهورى [1] ، الذى رأى ، على غير حق ، قصر مضمون السبب على الباعث الدافع وحده .

والفقه المصرى شأنه فى ذلك شأن الفقه الفرنسى تماماً ، لجأ فى سبيل الاعتداد بكل من الغرض المباشر الأول والباعث الدافع إلى فكرة ازدواجية السبب . بمقولة إنه يوجد . فى مجال العقد سببان ، وليس سبب واحد فحسب . سبب الالتزام ويرونه متمثلا فى الغرض المباشر . وسبب العقد ويرونه متمثلا فى الباعث الدافع . وقد سبق لنا أن عرضنا لهذه الفكرة ، وأبدينا عدم موافقتنا عليه ، تأسيساً على أن القول بازدواجية السبب من شأنه أن يؤدى إلى تجزئة إرادة المتعاقد . حالة كونها واحدة . وخلصنا إلى القول بوحدة السبب فى العقد . وإن تعددت عناصره ، بحيث يشمل الغرض المباشر الأول . وإلى جانبه ومضافا إليه الباعث الدافع إلى التعاقد . إذا كان المتعاقد الآخر قد علم به أو كان ينبغى عليه أن يعلم به [2] .

خلاصة كل ماسبق أن الباعث الدافع ليس هو وحده الذى يكوّن السبب . بل إنه ليس من المحتم أن يدخل أصلا فى تكوينه . إذ أن ذلك مشروط بأن يكون ملحوظاً فى العقد . بمعنى أن يكون العاقد الآخر قد علم به . أو كان ينبغى عليه أن يعلم به . فالركيزة الأساسية للسبب تتمثل دوماً فى الغرض المباشر الأول الذى يسعى المتعاقد إلى تحقيقه من وراء ارتضائه العقد . وبالتالى من ارتضائه التحمل بالالتزامات التى من شأن العقد أن يرتبها فى ذمته . وإلى جانب هذا الغرض المباشر الأول . وزيادة عليه — وليس بديلا عنه — يجىء الباعث الدافع إلى التعاقد لينضاف إليه ، إذا كان ملحوظاً فى العقد على نحو

---

(١) انظر : حشمت أبو ستيت . المرجع السابق نبذة ٢٣٨ — عبد المنعم الصدة ، المرجع السابق نبذة ٢٣٤ و ٢٣٥ — أنور سلطان ، المرجع السابق نبذة ٢١٢ . وقارن : سليمان مرقس . نظرية العقد نبذة ١٦٥ . وقد رأى الزميل أن السبب فى قانوننا هو الغرض المباشر ، أى السبب القصدى بالمعنى التقليدى ، مع استثناء الحالات التى يوجد فيها باعث رئيسى غير مشروع ، ويكون معلوماً من الطرف الآخر ، حيث ينهض هذا الباعث سبباً للالتزام . وهذا رأى يبدو لنا غير مقنع . إذ كيف يختلف معنى السبب باختلاف الحالات ، فيكون تارة هو الغرض المباشر ، وأخرى هو الباعث الدافع !

(٢) راجع ما سبق ، نبذة ٢١١ .

ما بيناه . أما إذا لم يكن الباعث الدافع ملحوظاً فى العقد ، تحدد السبب بالغرض المباشر وحده .

وهكذا فى ظل قانوننا المصرى ، يتحدد السبب دائماً وفى كل الأحوال بالغرض المباشر الأول . ثم ينضاف إليه الباعث الدافع إلى التعاقد ، إذا كان ملحوظاً فى العقد ، بأن كان العاقد الآخر ، عند التعاقد ، يعلمه أو كان ينبغى عليه حينئذ أن يعلمه . فإن لم يكن العاقد الآخر على علم بالباعث الذى دفع غريمه إلى التعاقد ، ولم يكن ينبغى عليه أن يعلمه ، لو أنه كان متسما بفطنة الرجل العادى وبذل حرصه ، اقتصر السبب على الغرض المباشر الأول وحده . فنحن ، فى تحديدنا السبب ، لانقف عند الغرض المباشر الأول على نحو ما تقول به النظرية التقليدية ، إلا إذا كان الباعث الدافع غير ملحوظ فى العقد . فإن كان هذا الأخير ملحوظاً فى العقد ، توجب الاعتداد به عنصراً فى السبب ، ينضاف إلى الغرض المباشر الأول ، لكى يكون السبب ، فى جملته ، هو الغرض المباشر الأول والباعث الدافع فى آن معا . فإذا اشترى شخص ، مثلا ، داراً لسكناها أو لاتخاذها وكراً للعهارة ، وكان البائع عالماً بالباعث الذى دفع المشترى إلى إبرام البيع ، تمثل سبب التزام هذا الأخير فى رغبته فى الحصول على المبيع (وهو الغرض المباشر الأول) ، مضافاً إليه الباعث الذى دفعه إلى إبرام العقد (السكنى أو اتخاذ الدار محلا للعهارة) . وبهذه المثابة يكون سبب التزام المشترى ، فى مثالنا ، ليس هو حصوله على الدار فحسب ، ولكن حصوله على الدار وسكناها ، أو حصوله على الدار واتخاذها محلا للعهارة . أما إذا كان البائع فى مثالنا ، لا يعلم بالباعث الذى دفع المشترى إلى الشراء ، تمثل سبب التزام هذا الأخير فى الغرض المباشر الأول وحده ، أى أنه يتحدد هنا بمجرد الحصول على المبيع .

وعلة التفرقة ، من حيث العلم ، بين الغرض المباشر وبين الباعث الدافع هى أن الأول أمر موضوعى مستمد من طبيعة العقد ذاتها ، فهو من ثم أمر لايستطيع المتعاقد الآخر ، ولا أى شخص غيره ، الادعاء بجهله . أما الباعث الدافع ، فهو أمر شخصى يتعلق بصاحبه ، ويتغير بتغير الأحوال ، ومن الممكن أن يجهله المتعاقد الآخر ، دون أن يؤخذ عليه هذا الجهل . فإن جهله هذا

المتعاقد الآخر . من غير أن يؤخذ عليه جهله إياه . توجب عدم التضحية به ، ومن ثم لزم إبعاد الباعث عن مضمون السبب . حتى لا يقع العقد باطلا إضراراً به . وفى ذلك استقرار للمعاملات وإحاطة إياها بالثقة والأمان ، حينما تقتضيها ظروف الحال .

والذى يتطلبه القانون للاعتداد بالباعث الدافع . إلى جانب الغرض المباشر الأول ، هو مجرد علم العاقد الآخر ، أو حتى إمكان علمه به . فليس يلزم بعده أن يشارك العاقد الآخر صاحب الباعث فى تنفيذه أو حتى الرغبة فيه [١] . فبالنسبة إلى من يشترى أو يستأجر ، مثلا . داراً لمباشرة العهارة فيها ، يكتفى للاعتداد بهذا الباعث النكر فى تكوين السبب — إلى جانب الغرض المباشر الأول المتمثل فى الحصول على الدار أو منفعتها — بأن يكون البائع أو المؤجر عالماً به ، أو حتى بإمكان علمه به ، دونما لزوم بعد ذلك لأن يشارك المشترى أو المستأجر تدنسه به .

وتطلب العلم من المتعاقد الآخر بالباعث الدافع . للاعتداد به فى تكوين السبب . يسرى ليس فقط على المعاوضات ، وإنما أيضاً على التبرعات ، وإن وجد فى الفكر القانونى الفرنسى ، اتجاه لقصره على المعاوضات وحدها [٢] . وهو اتجاه لم يسد فى القضاء فى فرنسا ، ويبدو أن محكمة النقض

---

(١) وقد اختلف الفكر القانونى الفرنسى حول ما إذا كان يكتفى ، للاعتداد بالباعث الدافع فى تكوين السبب ، بمجرد العلم به من المتعاقد الآخر ، أم أنه تلزم مساهمة هذا الأخير فيه . وقد قضت بعض الأحكام بالرأى الأول (راجع على الخصوص : نقض عرائض ١٩٤٧/٨/٤ ، Gaz. Pel. ١٩٤٧ — باريس ١٩٤٧/٥/١٢ ، دالوز ٤٧-٣٨٠ — باريس ١٩٤٩/٥/١٢ ، Gaz. Pel. ١٩٤٩/٢/٤٨) ، فى حين قضت أحكام أخرى بالرأى الثانى (انظر جرنوبل ١٩٤٥/١٢/٥ ، سيرى ١٩٤٦/٢/٢٢ — Rouen ١٩٥٠/٦/٢٧ ، سيرى ٥١/٢/٤٣ . وقرب من هذا الرأى : نقض فرنسى مدنى ١٩٥٦/١٢/٤ J.C.P. ١٩٥٧ — ٢ — ١٠٠٨ وتعليق J. Mazeaud . راجع فى هذا الموضوع على الأخص : Marty et Raynaud المرجع السابق ، نبذة ١٩١ .

(٢) وعلى أية حال ، فليس للجدل حول هذا الأمر كبير أهمية من الناحية العملية . إذ أنه يندر ، فى واقع حياتنا ، أن يكون المتبرع له بعيداً عن الباعث الذى يدفع المتبرع إلى أن يتبرع له ، والوصف الذى يتسم به ، خيراً كان أم شراً ، جميلا كان أم نكراً .

المصرية بدورها لا تسايره [١] .

٢١٤ — وإذا أردنا أن نطبق ماقلناه ، فى خصوص تحديد مضمون السبب على العقود الملزمة للجانبين وعلى عقود التبرع باعتبارها أهم أنواع العقود ، لتبين لنا مايأتى :

أولا : فى العقود الملزمة للجانبين : يتحدد سبب التزام كل متعاقد بالتزام المتعاقد الآخر ، على أن ينضاف إليه الباعث الشخصى الذى دفع المتعاقد إلى ارتضاء العقد ، وبالتالى إلى ارتضاء التحمل بالالتزام ، إذا كان هذا الباعث متصلا بالمتعاقد الآخر ، وإلا فهو يتحدد بالتزام المتعاقد الآخر وحده . وعلى ذلك ، فإن اشترى أو استأجر شخص ، مثلا ، داراً لمباشرة العهارة أو للعب القمار فيها ، وكان البائع أو المؤجر يعلم بقبيح قصده ، فإن سبب التزامه بدفع الثمن أو الأجرة يتمثل فى حصوله على الدار أو منفعتها (وهذا هو مضمون التزامات البائع أو المؤجر على حسب الأحوال) ومباشرة العهارة أو لعب القمار فيها ، الأمر الذى من شأنه أن يدمغ العقد بالبطلان . أما إذا لم يكن البائع أو المؤجر يعلم بقبيح قصد المشترى أو المستأجر ، وماكان بمستطيع أن يعلمه ، لو أنه بذل من الحرص ماتقتضيه ظروف الحال من الرجل العادى ، فإن سبب التزامه يتحدد فقط بالحصول على الدار أو على منفعتها ، الأمر الذى يبعد عن عقده البطلان .

ثانياً : عقود التبرع : يتحدد سبب التزام المتبرع ، الواهب مثلا ، دوماً بالغرض المباشر الأول وهو اسداء الجميل للمتبرع ، وينضاف إليه الباعث الذى دفعه إلى اسداء الجميل ، إذا كان متصلا بالمتبرع له . وعلى هذا فسبب التزام الخليل فى هبته لخليلته ، التى يعقدها بقصد حملها على بدء

(١) انظر نقض ٢٩/١١/١٩٧٩ ، طعن ٦٢٦/٤٦ق مجموعة النقض س ٣٠ ع٣ ص ١٠٣ رقم ٣٥٨ ، وقد سبقت الإشارة إليه . وقد قضى هذا الحكم ببطلان هبة تأسيساً على عدم مشروعية السبب . وقد جاء فيه أن « السبب غير المشروع الذى من شأنه أن يبطل العقد وفقاً لحكم المادة ١٣٦ من القانون المدنى يجب أن يكون معلوماً للمتعامل الآخر . فإذا لم يكن على علم به ، أو ليس فى استطاعته أن يعلمه ، فلا يعتد بعدم المشروعية » .

المعاشرة الآثمة أو الاستمرار فيها أو التشجيع عليها ، يتمثل فى رغبته فى إسداء الجميل لها وتحقيق تلك المعاشرة ، الأمر الذى يصل بالهبة إلى البطلان . ويلاحظ هنا أنه يتعذر على الخليلة أن تحاج بعدم علمها بالباعث الذى دفع الرجل إلى التبرع لها . إذ أن طبيعة الظروف تجعل هذا العلم واجباً عليها . فليس من الحتم ، لاعتبار الباعث الدافع متصلا بالمتعاقد الآخر ، أن يكون هذا عالماً به حقيقة ، وإنما يكفى أن يكون من شأن ظروف الحال أن تجعل الرجل العادى يعلم به ، حتى لو لم يعلم به المتعاقد الآخر نفسه فى خصوصية الحال المعروضة . فالمعيار هنا هو معيار موضوعى مجرد . أساسه الرجل العادى ، وليس معياراً ذاتياً قوامه المتعاقد نفسه . ولكن إذا أمكن فى عقد من عقود التبرع ، أن يظل الطرف الآخر بعيداً عن الغرض القبيح الذى يدفع المتبرع إلى التبرع ، فإن هذا التبرع يكون صحيحاً . ومثال ذلك أن يكفل شخص خليلته فى دين عليها بقصد قبيح ، دون علم الدائن بأنها خليلته [١] .

٢١٥ — وجود السبب :

حددنا فيما سبق المقصود بالسبب أى مضمونه . وتبينا أنه الغرض الذى يسعى المدين إليه من ارتضائه التحمل بالالتزام ، دون وقوف عند الغرض المباشر الأول ، بل مع الاعتداد بالباعث الدافع إلى التعاقد ، إن كان الطرف الآخر يعلمه ، أو كان فى مقدوره أن يعلمه لو أنه بذل عناية الرجل المعتاد وحرصه .

والسبب بهذا المعنى لابد أن يكون موجوداً ، وإلا كان العقد باطلا . وفى ذلك تقضى المادة ١٣٦ بأنه : « إذا لم يكن للالتزام سبب ، ... كان العقد باطلا » . ومثال السبب غير الموجود . التزام المشترى بدفع ثمن منزل تهدم من قبل ، والتزام شخص بدفع قرض اعتباراً بأن سيتسلمه ، إذا أثبت أنه لم يدفع له فى الحقيقة . والتزام الورثة بدفع مبلغ من النقود إلى شخص ، اعتباراً بأن مورثهم أوصى له به ، إذا ثبت أن الموصى قد رجع فى هذه الوصية ، أو أنها قد جاءت باطلة .

(١) انظر حكم Nancy الفرنسية ١٢ نوفمبر ١٩٠٤ ، دالوز ١٩٠٥ - ٢ - ١٥٨ .

ويلاحظ أن عدم وجود السبب قد يأتى نتيجة وقوع العاقد فى غلط . كما هى الحال فى مثال الوارث الذى يتعهد لشخص بدفع مبلغ من المال . اعتقاداً منه عن خطأ بأن مورثه قد أوصى له به . وهذه هى الحالة التى يطلق عليها التقليديون : « الغلط فى السبب » . وفى مثل هذه الحالة ، يقع التصرف باطلا ، لا إعمالا للغلط ، فذلك لايؤدى إلا إلى وقوع العقد قابلا للإبطال ، وإنما تأسيساً على انتفاء ركن من أركان العقد ، وهو السبب .

وفى مجال وجود السبب . تبرز أهمية الغرض المباشر الأول . باعتباره الركيزة الأساسية الدائمة فى تكوين السبب .

وإذا قلنا إن السبب لابد أن يكون موجوداً وإلا وقع العقد باطلا . فإننا نعنى بذلك بالضرورة أن يكون السبب موجوداً عند إبرام العقد ، وأنه إذا كان موجوداً آنئذ ، فلا يتأثر العقد فى ذات قيامه بزواله بعد ذلك . فإذا وهب شخص ماله لآخر ، مثلا ، قاصداً إسداء الجميل له ، ومدفوعاً فى ذلك بدافع نبيل ، وقامت الهبة بالتالى صحيحة لارتكازها ، عند إبرامها ، على سبب موجود وصحيح ومشروع ، فإنها لا تبطل لمجرد أن الواهب غير نيته بعد ذلك ، بمقولة إن سبب الهبة قد زال بعد وجوده . فينظر ، كما تقول محكمة النقض [(١)] ، فى توافر السبب أو عدم توافره إلى وقت انعقاد العقد .

---

(١) أنظر : نقض ٢٤ اكتوبر ١٩٦٣ طعن ٢٨/٣٠٢ق مجموعة النقض س ١٤ ص ٩٦٧ رقم ١٣٥ . وقد جاء فى هذا الحكم أن « الخطبة وإن كانت تمهيداً للزواج ، وهو من مسائل الأحوال الشخصية ، إلا أن الهدايا التى يقدمها أحد الخاطبين للآخر — ومنها الشبكة — إبان فترة الخطبة لا تعتبر من هذه المسائل ، لأنها ليست ركنا من أركان الزواج ولا شرطاً من شروطه ... ومن ثم يكون النزاع بشأن تلك الهدايا بعيداً عن المساس بعقد الزواج ... ويخرج عن نطاق الأحوال الشخصية . وتعتبر هذه الهدايا من قبيل الهبات ، ويسرى عليها ما يسرى على الهبة من أحكام فى القانون المدنى » . وجاء فى الحكم أيضاً أن « السبب ركن من أركان العقد ، فينظر فى توفره وعدم توفره إلى وقت انعقاد العقد ، فإن انعقد صحيحاً بتوفر سببه ، فإنه لا يمكن أن يقال بعد ذلك بتخلف هذا السبب بعد وجوده . فإذا كانت الخطبة هى السبب فى هذا النوع من الهبات (الشبكة) ، وذلك باعتبارها الباعث الدافع للتبرع ، فإن فسخها لا يمكن أن يؤدى إلى انعدام هذا السبب بعد أن تحقق » . وأنظر فى نفس الاتجاه وبنفس الألفاظ تقريباً : نقض ١٩٧٤/٥/٢٦ طعن ٣٩/٦٢ق مجموعة النقض س ٢٥ ص ٩٤٨ رقم ١٥٦ .

وقد طبقت محكمة النقض هذا المبدأ على هدايا الخطبة من شبكة ونحوها قائلة باستمرار صحتها ، حتى لو قدر للخطبة أن تفسخ . وقد أسست المحكمة العليا قضاءها على أن الهدايا التى يقدمها الخاطب لمخطوبته إبان فترة الخطبة . لكونها غير متعلقة بانعقاد الزواج أو بصحته . لاتعتبر من مسائل الأحوال الشخصية ، وإنما هى مجرد هبات عادية تخضع لأحكام القانون المدنى . وأنه إذا كان ذلك ، وتوافر عند تقديم هدايا الخطبة ، بما فيها الشبكة ، ركن السبب . الذى يدخل فى مضمونه اعتبارات الخطبة . فإن الهبة بها لاتبطل بعد ذلك تأسيساً على زوال السبب نتيجة فسخ الخطبة[١] ، وإن أمكن بطبيعة الحال الرجوع فيها إذا كان للرجوع مسوغ وفقاً للقانون .

٢١٦ — مشروعية السبب :

رأينا . فيما سبق . ضرورة وجود السبب عند إبرام العقد . وإلا وقع باطلا . ووجود السبب . وإن كان لازماً لقيام العقد ، إلا أنه لايكفى بذاته . فليس أى سبب يصلح دعامة للعقد . وإنما يلزم أن يتوافر فيه شرط جوهرى ، وهو أن يكون مشروعاً (المادة ١٣٦) . فإن قام رضاء المتعاقد على سبب غير مشروع بطل العقد . والسبب يعتبر غير مشروع ، إذا جاء مخالفاً للنظام العام أو لحسن الآداب . وقد سبق لنا أن عرضنا ، عند الكلام فى محل الالتزام ،

= ويلاحظ أنه إذا كانت هدايا الخطبة ومنها الشبكة لا تبطل ، باعتبارها هبات ، بفسخ الخطبة ، إلا أنه يمكن الرجوع فيها وفقاً لأحكام الرجوع فى الهبة المنصوص عليها فى المادة ٥٠٠ وما بعدها من القانون المدنى . ومؤدى تلك الأحكام أن الرجوع لا يكون ، عند عدم قبول الموهوب له إياه ، إلا إذا رخص به القاضى ، وكان يستند إلى عذر مقبول ، ولم يوجد مانع من موانعه المنصوص عليها فى المادة ٥٠٢ .

كما أنه يلاحظ أن المشروع التمهيدى تضمن نصاً (المادة ٦٧٠) يقضى برد هدايا الخطبة إذا قدر لها أن تفسخ . وقد جاء تبريرا لحكم هذا النص فى المذكرة الإيضاحية للمشروع ، أنه يمكن تعليله بأن سبب الهبة قد زال بفسخ الخطبة . ولم تأخذ محكمة النقض بهذا التعليل ، كما سبق لنا أن بينا (يراجع حكم النقض الصادر فى ٢٤ اكتوبر ١٩٦٣ السابقة الإشارة إليه) . وهى فى ذلك على صواب لما بينته هى وما ذكرناه نحن فى المتن من أن العبرة فى تقدير وجود السبب أو عدم وجوده هى بوقت انعقاد العقد لا بعد ذلك . وقد حذف نص المادة ٦٧٠ من المشروع التمهيدى . فلم يأت فى القانون .

(١) راجع الهامش السابق .

للمقصود بهذين الاصطلاحين . ونجتزىء هنا بالإحالة على ماقلناه فى هذا الصدد [١] .

وفى مجال استلزامنا المشروعية فى السبب ، تظهر أهمية الباعث الدافع للتعاقد ، باعتباره عنصراً يدخل فى تكوينه . فنى أغلب الحالات التى يعتبر فيها السبب غير مشروع ، يرجع عدم مشروعيته إلى مخالفة الباعث المستحث الدافع للنظام العام أو لحسن الآداب .

والقضاء حافل بالأمثلة على بطلان العقود . لعدم مشروعية السبب . وقد سبق لنا أن سردنا الكثير منها عند عرض النظرية الحديثة . ونضيف إلى ماقلناه فى هذا الصدد : التزام شخص بدفع مبلغ من النقود إلى آخر نظير ارتكابه جريمة أو عدم ارتكابها ، أو كحلوان لرد شخص مخطوف أو شىء مسروق . والتزام شخص بدفع مبلغ من النقود لموظف على سبيل الرشوة .

٢١٧ — إثبات السبب :

مؤدى القواعد العامة أن يقع عبء إثبات السبب ، فى وجوده وفى مشروعيته ، على الدائن . فهو الذى يدعى وجود الدين . فعليه ، كأصل عام أن يثبت قيام مصدره ، وهو هنا العقد . وإثبات العقد يتضمن إقامة الدليل على توافر كل أركانه ، ومن بينها السبب .

ولكن القانون يجىء ، فيما يتعلق بإثبات السبب ، وجوداً ومشروعية ، فى عون الدائن ؛ فهو يفترض وجود هذين الأمرين ، عندما يخلو العقد من ذكر السبب ؛ ويفترض حقيقة السبب المذكور فى العقد ، إن تضمن له ذكراً . ونتعرض لكل من هاتين الحالتين بشىء من التفصيل :

(أ) فإذا لم يذكر فى العقد سبب للالتزام ، كما إذا اقتصر القول فيه على أن المدين يتعهد بدفع مبلغ من النقود للدائن ، دون إيضاح لعلة هذا التعهد ، افترض القانون أن للالتزام هنا سبباً ، وأن هذا السبب مشروع ،

---

(١) راجع ما سبق ، نبذة ٢٠٢ .

إلى أن يثبت المدين عكس ذلك . وفى ذلك تقضى المادة ١٣٧ /١ بأنه : « ١ — كل التزام لم يذكر له سبب فى العقد يفترض أن له سبباً مشروعاً . مالم يقم الدليل على عكس ذلك » . فعدم ذكر سبب الالتزام فى العقد لايبطله ، لأن القانون لايشترط ذكره فيه . بل إنه عندما يخلو العقد من ذكر سبب الالتزام ، تقوم قرينة قانونية على أن للالتزام سبباً وأن هذا السبب مشروع [1]. وبهذا يرتفع عبء الإثبات عن الدائن . بيد أن هذه القرينة بسيطة . فيجوز للمدين دحضها . بإثبات أن الالتزام لايقوم أصلا على سبب . أو أنه يقوم على سبب غير مشروع . فله ، مثلا ، أن يقيم الدليل على أن التزامه بدفع مبلغ النقود لايقوم أصلا على سبب ، لأنه تعهد بدفعه اعتباراً بأن الدائن سيقرضه إياه . وأن هذا الأمر لم يحصل ، أو أنه تعهد بدفعه اعتداداً بوصية اعتقد صدورها من مورثه . ثم تبين رجوع هذا فيها أو بطلانها . وله أيضاً أن يقيم الدليل على عدم مشروعية السبب . كما إذا أثبت أن المبلغ الذى التزم بدفعه كان على سبيل الرشوة أو فى مقابل ارتكاب جريمة . أو لحمل امرأة على معاشرة غير شرعية أو لاستمرارها فيها .

وللمدين أن يثبت هنا عدم وجود السبب أو عدم مشروعيته [2] بكافة الأدلة ، بما فيها البينة والقرائن . وذلك حتى لو زاد الدين على عشرين جنيهاً . إذ أن الدليل يقوم هنا على خلاف افتراض قانونى ، فهو لايقوم على إثبات أمر وارد فى محرر مكتوب ، ثم هو يقوم من ناحية أخرى . على وقائع مادية ، لايتقيد الإثبات بشأنها .

---

(١) انظر : نقض ١٩٦٩/٤/١٧ طعن ٣٥/٢٠٧ق مجموعة النقض س ٢٠ ص ٦٢٧ رقم ١٠٢ . وقد جاء فى هذا الحكم أن المادة ١٣٦ مدنى « وإن كانت توجب أن يكون للالتزام سبب مشروع ، إلا أنها لم تشترط ذكر هذا السبب فى العقد . بل أن المادة ١٣٧ تنص على أن كل التزام لم يذكر له سبب فى العقد يفترض أن له سبباً مشروعاً ما لم يقم الدليل على غير ذلك . وهو ما يقطع بأن عدم ذكر سبب الالتزام فى العقد لا يؤدى إلى بطلانه » .

(٢) وإذا استند المدين ، فى سبيل إقامة الدليل على عدم مشروعية السبب ، إلى الباعث الدافع ، باعتباره يدخل عنصراً فى تكوين السبب ، وجب عليه أن يثبت ، فضلا عن عدم مشروعية هذا الباعث ، اتصاله بالدائن ، بمعنى أن يكون هذا عالما به أو كان فى استطاعته أن يعلم به . . . .

(ب) وإذا ذكر فى العقد سبب للالتزام . افترض القانون أن هذا السبب هو الحقيقى . حتى يقوم الدليل على العكس . فإذا ذكر ، مثلا . فى العقد أن المدين قد تسلم من الدائن مبلغاً من النقود على سبيل القرض . اعتبر التزامه برد ذاك المبلغ قائماً على هذا السبب حقيقة . حتى يقام الدليل على كذبه . وهكذا فالقرينة القانونية هنا بسيطة ، كتلك التى تقوم فى الحالة الأولى . وإثبات عكس هذه القرينة يصل بنا إلى إقامة الدليل على صورية السبب المذكور فى العقد . وهنا يتحتم على من يهمه الأمر . دائناً كان أم مديناً . أن يقيم الدليل على السبب الحقيقى وعلى مشروعية هذا السبب أو عدم مشروعيته . على حسب الأحوال . وفى ذلك تقضى المادة ١٣٧ / ٢ بأنه : « ٢ — ويعتبر السبب المذكور فى العقد هو السبب الحقيقى حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك . فإذا قام الدليل على صورية السبب فعلى من يدعى أن للالتزام سبباً آخر مشروعاً أن يثبت ما يدعيه » .

ويقع عبء إثبات صورية السبب على من يدعيها [(١)] . والأصل أن البينة والقرائن لاتكفى لإثبات صورية السبب المذكور فى العقد . عندما يجىء هذا الذكر فى محرر . وذلك حتى لو كان قيمة الدين عشرين جنيهاً أو أقل . إذ أن القاعدة هى أنه لايجوز إثبات ما يخالف الكتابة بشهادة الشهود (المادة ٦١ من قانون الإثبات) . ولكن إذا كانت صورية السبب تدليسية . أى قصد بها التحايل لمخالفة نص آمر فى القانون أو مخالفة النظام العام أو حسن الآداب . ساغ إقامة الدليل عليها بكافة طرق الإثبات ، بما فيها البينة والقرائن [(٢)] . ومثال هذا النوع من الصورية أن يقترض شخص مائة

---

(١) انظر : نقض ٢٧/١٢/١٩٦٧ ، مجموعة النقض س ١٣ ص ١٢١٤ رقم ١٩١ . وقد جاء فى هذا الحكم أنه إذا ادعى المدين صورية السبب الوارد بالعقد ، كان عليه عبء إثباتها ، فإن أثبتها ، وقع عبء إثبات أن للعقد سبباً مشروعاً آخر على الدائن المتمسك به . وانظر نقض ٢٨/٤/١٩٧٠ طعن ١٠١/٣٦ق مجموعة النقض س ٢١ ص ٧١٤ رقم ١١٦ . وانظر كذلك نقض ٢٧/١٢/١٩٦٢ طعن ٨٦/٢٦ق مجموعة النقض س ١٣ ص ١٢١٤ رقم ١٩١ .

(٢) انظر : نقض ٨/٦/١٩٧٦ طعن ٦٨١/٤١ق مجموعة النقض س ٢٧ ص ١٢٩١ رقم ٢٤٦ . وقد جاء فى هذا الحكم أن للمدين أن يثبت عدم مشروعية السبب بكافة طرق الإثبات .

جنيه لمدة سنة بفائدة ربوية فاحشة يبلغ سعرها ٢٠ ٪ . ثم يذكر فى العقد أنه تسلم على سبيل القرض مائة وعشرين جنيهاً .

٢١٨ — التصرف المجرد :

تبينا فيما سبق أن السبب ركن فى العقد ، بل وفى التصرف القانونى بوجه عام . وهذه هى القاعدة فى قانوننا المصرى وفى القانون الفرنسى وفى غيره من التشريعات الأجنبية لأخرى ذات النزعة اللاتينية . ويطلق على التصرف ، حيث يلزم فيه السبب ، عبارة « التصرف المسبب » .

ويختلف الأمر فى القانون الألمانى ، ومن قبله فى القانون الرومانى ، حيث إن الأصل فيهما أنه لايلزم أن يستند الالتزام إلى سبب ، بمعنى أن العقد أو التصرف عموماً يقوم صحيحاً ، بغض النظر عما إذا كان قد استند إلى سبب أو لا ، وعما إذا كان هذا السبب مشروعاً أو غير مشروع . ويطلق على التصرف هنا عبارة « التصرف المجرد acte asbtrait » ، أى التصرف المجرد عن سببه .

وإذا كان قانوننا المصرى لايأخذ ، كقاعدة عامة ، بنظام التصرف المجرد ، إلا أنه يعمله فى نطاق ضيق جد محدود ، وفى حالات نادرة مذكورة فيه على سبيل الحصر . ومن هذه الحالات التزام المناب بدفع الدين للمناب لديه[1] (المادة ٣٦١) . وقد أراد بعض الفقهاء أن يتوسعوا بعض الشيء فى نظام التصرف المجرد فى قانوننا ، فجعلوا التزام الكفيل من زمرته . ولايوجد فى رأينا أى سند قانونى لهذا النظر[2] .

٢١٩ — فكرة السبب فى الفقه الإسلامى :

لم يصل فقهاء المسلمين إلى تأصيل السبب على نحو يرتفع به إلى مرتبة الركن اللازم لانعقاد العقد . ومع ذلك فهو ليس غريباً عنهم . فكثير منهم تكلموا عنه تحت اصطلاح النية أو القصد فى العقود والتصرفات . ونجد فى

---

(١) راجع مؤلفنا . دروس أحكام الالتزام ، نبذة ٢٩٣ .

(٢) انظر مؤلفنا : التأمينات الشخصية والعينية ، نبذة ٣٢ .

هذا المجال الشاطبي (الموافقات ٢ / ٣٢٣) يقول: «إن المقاصد معتبرة فى التصرفات من العبادات والمعاملات». ويقول ابن القيم: «إن القصد روح العقد ومصححه ومبطله ... وقد تضافرت أدلة الشرع وقواعده على أن القصود فى العقد معتبرة، وأنها تؤثر فى صحة العقد وفساده وفى حله وحرمته ...».

وقد اتفق فقهاء المسلمين على أنه يلزم لصحة العقد أن يكون قصد المتعاقد من إبرامه مشروعاً، إذا ذكر هذا القصد صراحة فى صيغة العقد. أو أمكن الاستدلال عليه ضمناً من ظروف التعاقد، لاسيما من طبيعة محل العقد. أما إذا لم يذكر القصد الباعث على التعاقد فى العقد صراحة. ولم يمكن الاستدلال عليه ضمناً من الظروف. فإننا نجد فقهاء المسلمين يختلفون. ففريق منهم لايعتد. فى هذه الحالة. بالقصد. ويقولون بصحة العقد. حتى لو كان هذا القصد غير مشروع. وهذا هو مذهب الحنفية والشافعية. ووفقاً لهذا الرأى. لو أن رجلا باع لآخر عصير عنب. من غير أن يذكر فى العقد. لاصراحة ولاضمناً. أن المشترى يقصد من هذا العصير خمراً. فإن البيع يقع صحيحاً. وفريق آخر من الفقهاء يعتد بالقصد، ويرتب على عدم مشروعيته بطلان العقد. حتى لو لم يذكر فى العقد، بشرط أن يكون معلوماً من المتعاقد الآخر أو كان فى استطاعته أن يعلم به من ظروف التعاقد. وهذا هو مذهب المالكية والحنابلة والشيعة الجعفرية. وقد جاء فى المغنى لابن قدامة (٤ / ٢٨٣): «وبيع العصير ممن يتخذه خمراً باطل. وجملة ذلك أن بيع العصير لمن يعتقد أنه يتخذه خمراً حرام ... لقول الله تعالى: (ولاتعاونوا على الإثم والعدوان). وهذا النهى يقتضى التحريم ...». ويستطرد ابن قدامة فيقول ببطلان إجارة الشخص أمته لمن يعلم أنه يستأجرها ليزنى بها، كما يقول ببطلان بيع السلاح لقطاع الطرق أو لأهل الفتنة وبيع وإجارة الأمة للغناء، وإجارة الدار لبيع الخمر.

ومن هذا العرض المبسط لأقوال بعض فقهاء المسلمين — وغيرها كثير — يبين أن فقهاء المسلمين عرفوا السبب وتطلبوا مشروعيته، وإلا وقع العقد

باطلا . وإن لم يصلوا . كدأبهم إلى مرحلة التأصيل والتركيز إلى الحد الذى يجعل من السبب ركناً لازم لقيام العقد : على نحو مايقول به الفكر القانونى المعاصر . بل إن فقهاء المسلمين نظروا إلى فكرة السبب نظرة تتسع بالسعة والشمول . إلى حد أنهم اعتدوا فيه بالباعث الدافع إلى التعاقد ، على نحو ما تقول به النظرية الحديثة فى السبب . وعلى نحو ماقال به الكنسيون فى القرون الوسطى . ولاغرو فى ذلك ففقهاء المسلمين يستمدون أفكارهم من تعاليم الإسلام التى تقوم على الفضيلة فى أعلى مراتبها وعلى الأخلاق الحميدة فى أسمى درجاتها (١) .

(١) انظر فى فكرة السبب فى الفقه الإسلامى : عبد الرزاق السنهورى ، مصادر الحق فى الفقه الإسلامى ج ٤ ص ٥١ وما بعدها — صبحى محمصانى ، النظرية العامة للموجبات والعقود فى الشريعة الإسلامية ج ٢ ص ٨٩ وما بعدها — شكرى قرداحى ، القانون والأخلاق ج ٢ ص ٢٨٥ .

الفصل الرابع

بطلان العقد

٢٢٠ – رأينا ، فيما سبق ، أن للعقود ، بوجه عام ، ثلاثة أركان ، هى الرضاء والمحل والسبب . وإلى جانبها ، يوجد فى نوع خاص واستثنائى ينتظم العقود الشكلية ، ركن رابع ، وهو الشكل . ورأينا أيضاً أن الركن الأصيل فى العقد ، ونعنى به الرضاء . لا يكفى فيه مجرد قيامه ، بل يلزم أن تتوافر فيه صحته ، التى تتطلب بدورها أن يصدر الرضاء من شخص توافرت فيه الأهلية ، وأن يكون غير مشوب بعيب من العيوب التى تفسده ، وهى الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال .

ونريد أن نتبين هنا الجزاء الذى يقرره القانون على عدم مراعاة ما تفرضه أحكامه بشأن تكوين العقد . بالنسبة إلى أركانه وإلى صحة الرضاء . وهذا الجزاء هو البطلان .

والبطلان nullité نظام قانونى مؤداه اعتبار العقد ، أو التصرف القانونى بوجه عام ، غير قائم وأنه لم يقم أبداً ، وذلك بسبب اختلال تكوينه . فالتصرف الباطل يعتبر أنه لم يقم ، نتيجة عدم توافر أحد أركانه أو اختلال هذا الركن اختلالا أدى إلى انهياره . وهكذا فالبطلان يؤدى إلى إعدام التصرف . وهو يؤدى إلى إعدامه بأثر رجعى يستند إلى تاريخ إبرامه . فالعقد الباطل يعتبر أنه لم يقم أبداً . فهو قد ولد ميتاً ، أو هو بالأحرى لم يولد أصلا.

٢٢١ – العقد الباطل والعقد المنعدم :

جرى بعض الفقهاء التقليدين على القول بوجوب التفرقة بين العقد الباطل nul والعد المنعدم inéxixtant . فالعقد الباطل ، فى رأيهم ، هو ذاك الذى تتوافر فيه أركانه ، ولكن أحد هذه الأركان يقع مختلا ، لتخلف شرط من الشروط التى يتطلبها القانون لقيامه ، كما إذا كان المحل أو السبب

غير مشروع . فهنا يكون للعقد وجود مادى ، ولكنه يبطل لاعتبار قانونى .. أما العقد المنعدم ، فهو ذاك الذى لا يستحوز على ذات أركانه ، بمعنى أن أحد هذه الأركان لا يوجد أصلا . كما إذا أمسك شخص بيد آخر وجعلها توقع عقداً ، وانتفى بذلك الرضاء أصلا ، فهنا العقد لا يقوم ، دون أن يكون له حتى مظهر الوجود . فهو منعدم ، ليس من الناحية القانونية فحسب ، بل من الناحية المادية كذلك .

ويسير جمهور الفقهاء على عدم جدوى التفرقة بين العقد الباطل والعقد المنعدم . وأساس هذا الرأى أن العقد الباطل ، كالعقد المنعدم تماماً ، لا ينتج أى أثر . فكلاهما عدم . والعدم واحد ، لا تفاوت فيه [١] . والقضاء بدوره يسير على هذا الرأى [٢] .

٢٢٢ — التفرقة بين البطلان وعدم النفاذ :

كثيراً ما يقع الخلط بين بطلان العقد وبين عدم نفاذه ، أو عدم سريانه ، فى حق شخص من الأشخاص ، والأمران مختلفان تماماً . فالبطلان يمس العقد فى ذات وجوده ، ويحيله عدما . أما عدم النفاذ أو عدم السريان inopposabilité فمعناه أن العقد لا ينتج أثراً ما فى مواجهة شخص أو أشخاص معينين ، حتى لو كان هو فى ذاته صحيحاً ، وبمعنى أدق بالرغم من أنه صحيح . فقد يكون العقد صحيحاً فى ذاته ، وينتج بالتالى آثاره بين عاقديه ، ولكنه لا يسرى فى حق الغير ، أى أنه لا ينفذ فى مواجهتهم . بل إن هذا الحكم هو الذى تمليه القواعد العامة فى نسبية آثار العقود ، ومؤداها أن العقود لا تنفع ولا تضر غير عاقديها وخلفائهما (المادة ١٤٥ مدنى) . فإذا أجر شخص ، مثلا ، داراً يملكها غيره ، فالإيجار ، برغم وقوعه على ملك الغير ، صحيح ، فى العلاقة بين عاقديه ، وهو ينتج بالتالى آثاره بينهما ، ولكنه لا ينفذ فى مواجهة المالك الحقيقى ، مالم يقره ، بمعنى أنه ، إن لم يقره ، اعتبر بالنسبة إليه ، كان لم يوجد أصلا [٣] .

---

(١) راجع : السنهورى ، المرجع السابق نبذة ٣٠٠ .

(٢) أنظر : نقض ٢١/٤/١٩٧٣ ، مجموعة أحكام النقض س ٢٤ ص ٦٤٩ رقم ١١٥ ..

(٣) راجع مؤلفنا عقد الإيجار ج ١ نبذة ٥٩ و ٦٠ .

وإذا أبرم النائب ، باسم الأصيل ، عقدا تجاوز به حدود نيابته . فإن هذا العقد يقع غير نافذ فى حق الأصيل ، مالم يقره ، لاعتباره معقوداً من غير ذى صفة (١) ، وذلك بغض النظر عن حكم العقد فى ذاته من الصحة أوالبطلان بين الطرفين اللذين أبرماه .

٢٢٣ — التفرقة بين البطلان والفسخ :

ويجب فى النهاية عدم الخلط بين البطلان والفسخ . صحيح أن هذين النظامين يقتربان فى أثرهما ، حيث إنه يترتب على كل منهما ، كقاعدة عامة . زوال العقد بأثر رجعى يستند إلى وقت إبرامه . ولكنهما مع ذلك يختلفان اختلافا جذرياً .

فالبطلان جزاء يلحق العقد بسبب عدم مراعاة أحكام القانون فى تكوينه . ومؤداه أن العقد ينهار من أساسه ، تبعاً لانهيار ركن من أركانه . فالعقد هنا يعتبر أنه لم يقم أصلا .

أما الفسخ ، فهو جزاء يرتبه القانون على عدم تنفيذ أحد طرفى العقد لالتزاماته . وهو بهذه المثابة ، يفترض أن العقد قد قام صحيحاً . حتى أمكنه أن يولد الالتزامات على طرفيه ، تلك الالتزامات التى لم يتنفذ بعضها . فإن لم ينفذ أحد الطرفين ما يفرضه عليه العقد من التزامات . كان للمتعاقد الآخر أن يطلب فسخ العقد . فإذا ما أجيب إلى طلبه ، انحل العقد واعتبر نتيجة انحلاله هذا ، أنه لم يوجد أصلا .

٢٢٤ — أنواع البطلان :

إذا ما نظرنا إلى البطلان ، بالنسبة إلى ذات ماهيته ، أى من حيث هو ، وجدناه واحداً لا يتنوع . فمؤداه ، كما بينا ، انعدام العقد . والعدم فى ذاته لا يتغاير . ولكننا إذا نظرنا إلى البطلان ، من حيث الوقت الذى يلحق فيه العقد ، وجدناه يتشكل نوعين . فهناك بطلان يلحق العقد منذ نشأته ، فهو يجعل العقد يولد ميتاً ، أو بالأحرى هو يحول أصلا دون ميلاده . وهناك بطلان لا يلحق العقد إلا بعد فترة من الزمن ، طالت أم قصرت . وهو إن

---

(١) راجع ما سبق ، نبذة ١١٣ .

لحقه ، فلا يكون ذلك على سبيل الحتم ، وإنما لإعمال رخصة يجيزها القانون لأحد المتعاقدين ، إن أراد الإفادة منها . وقد جرى الفقه التقليدى ، فى القانون المعاصر ، على أن ينعت النوع الأول من البطلان بعبارة « البطلان المطلق » والنوع الثانى بعبارة « البطلان النسبى » ، اعتباراً بأن النوع الأول مقرر لكل ذى مصلحة وأنه يلحق العقد حتما ، وأن الثانى مقرر لصالح العاقد الذى حدده القانون دون غيره ، وأنه لا يلحق العقد إلا إذا تمسك به من قرره القانون لمصلحته . والحقيقة أن تلك التسمية معيبة ، بالنسبة إلى نوعى البطلان على حد سواء . فعبارة « البطلان المطلق » تفيد أن هناك تفاوتاً فى درجات البطلان . فى حين أن البطلان ، كما قلنا ، عدم ، والعدم ليس له فى ذاته درجات يتفاوت بينها . ثم إن العقد الباطل بطلاناً نسبياً هو عقد قائم ومنتج لكل آثاره ، كما سيجىء تفصيلا بعد قليل . كل ما هنالك هو أنه عقد مريض ، لأنه ينطوى على جرثومة فساد تصلح سبباً لإبطاله ، وقد يكون من شأن هذه الجرثومة أن تفتك به ، فتميته أى تبطله ، وقد لا تمسه بأذى ، فتزول هى ، ويتدعم العقد بتطهيره منها . فليس دقيقاً أن يقال هنا إن العقد باطل ، ما لم يكن قد تقرر إبطاله بالفعل . أما قبل ذلك فهو عقد قائم ، وإن كان البطلان يتهدده . فهو عقد قائم حتى الآن ، ولكنه صالح أو قابل لأن يبطل فيما بعد ، وإلى أجل معلوم . من أجل ذلك ، أغفل القانون المدنى المصرى تسمية نوعى البطلان بالبطلان المطلق والبطلان النسبى ، مضفياً على النوع الأول اسم « البطلان » بلا نعت ولا تخصيص ، وعلى الثانى « القابلية للإبطال » . وهذه التسمية بشطريها تصل إلى أبعد مراتب التوفيق .

ونتناول هذين النوعين من البطلان . فنتكلم أولا فى العقد القابل للإبطال ، ثم فى العقد الباطل ، وذلك فى مبحثين متتالين . ثم نتكلم ، فى مبحث ثالث ، فى أثر البطلان سواء ألحق العقد من الأصل أم جاء نتيجة الحكم بإطالة .. ونعقب فى مبحث رابع وأخير بدراسة نظرية البطلان فى الفقه الإسلامى .

المبحث الأول

العقد القابل للإبطال

٢٢٥ — القعد القابل للإبطال ، أو العقد الباطل بطلانا نسبياً ، كما يطلق عليه فى *الاصطلاح التقليدى* — الذى لازال سائداً فى القانون الفرنسى إلى اليوم ، كما كان يسود أيضاً تحت ظل القانون المصرى القديم — هو عقد يولد ويقوم ، لتوافر كل أركانه ، ولكنه ينطوى على سبب يحمل جرثومة فساد تصلح لإعدامه . فإن أعمل فيه هذا السبب ، أجهز عليه ولحقه بالتالى البطلان ، وإلا بقى منتجاً لآثاره . إلى أن يجىء وقت يتطهر فيه من جرثومة الفساد التى كان ينطوى عليها ، وعندئذ يزول خطر البطلان الذى يتهدده ، أى أنه يصير عقدا تام الصحة .

٢٢٦ — حالات القابلية للإبطال :

القابلية للإبطال ، كأصل عام ، هى جزاء لعدم صحة الرضاء ، وهو الركن الأصيل فى العقد . فوجود الرضاء شرط لذات قيام العقد ، فإن تخلف لم يقم العقد أصلا ، وبعبارة أخرى : وقع العقد باطلا . ولكن إذا وجد الرضاء ، ولكنه جاء غير صحيح أو غير سليم أو فاسد ، كما يقال فى بعض الأحيان ، فإن ذلك لا يمنع من قيام العقد . كل ما هنالك أنه يقوم منطوياً على جرثومة الفساد التى تتهدده بالإبطال . فهو يقوم ، بعبارة أخرى ، قابلا للإبطال . وهكذا فالبطلان جزاء لانعدام الرضاء بالكلية . فى حين أن القابلية للإبطال جزاء لمجرد عدم صحة الرضاء بعد وجوده .

وإذا كانت القابلية للإبطال هى جزاء عدم صحة الرضاء ، وتبينا أن عدم صحة الرضاء يرجع إما لنقص الأهلية ، وإما لعيب يشوب الرضاء ، وضح لنا أن العقد يقع أساساً قابلا للإبطال فى الحالتين الآتيتين :

(الأولى) صدور الرضاء ممن يقرر القانون نقص الأهلية عنده ، بالنسبة إلى التصرف الذى أجراه . ومثال هذه الحالة أن يبيع صبى مميز بيته أو أرضه ،

من غير أن يؤذن فى ذلك من وليه أو وصيه . أما إذا باع الصبى غير المميز ماله . فإن التصرف يقع باطلا ، لاعتبار الرضاء به غير موجود أصلا ، وذلك حتى إذا أذنه وليه أو وصيه .

(الثانية) إذا شاب رضاء المتعاقد عيب يفسده . وعيوب الرضاء ، كما بيناه فى حينه ، هى الغلط والتدليس والاكراه والاستغلال .

وإلى جانب هاتين الحالتين الأساسيتين ، يقع العقد أيضاً قابلا للإبطال فى كل حالة أخرى ينص فيها القانون على اتسامه بهذا الوصف ، حتى لو كان من شأن القواعد العامة ألا تضفيه عليه [1] . ولكن القابلية للإبطال هنا تكون خاصة أنشأها النص[2] ، ولا تعتبر من مقتضيات القواعد القانونية العامة .

٢٢٧ — حكم العقد القابل للإبطال :

العقد القابل للإبطال هو عقد توافرت له كل أركانه . وبالتالى فهو ينعقد . بل هو ينعقد منتجا لكل آثاره . كل ما فى الأمر أن خللا يصيب هنا أحد أركان العقد ، وهو ركن الرضاء . وهذا الخلل ليس من الجسامة بحيث يؤدى بذاته وبمجرده إلى انهيار العقد ، ولكنه يعطى المتعاقد ، الذى أضير من وجوده ، الرخصة فى إهدار العقد . وهكذا فالعقد هنا يولد ، ولكنه

---

(١) وقد تضمنت المادة ١٩٥ من المشروع التمهيدى تعدادا لهذه الحالات . فقد جاءت تقول : « يعتبر العقد قابلا للإبطال فى الأحوال الآتية : (أ) إذا كان أحد المتعاقدين ناقص الأهلية . (ب) إذا شاب الرضاء غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال . (ج) إذا ورد فى القانون نص خاص يقضى بأن العقد قابل للبطلان » . وقد حذفت هذه المادة ، اعتباراً بأن حكمها وارد فى النصوص التى تضمنها القانون . انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢٣٥ فى الهامش .

(٢) ومن الحالات الخاصة التى ينص فيها القانون المدنى على وقوع العقد قابلا للابطال بيع ملك الغير (المادة ١/٤٦٦) ، والبيع بغير علم المشترى بالمبيع علماً كافياً (المادة ٤١٩) ، حيث يقع العقد فى الحالتين قابلا للإبطال لمصلحة المشترى . ومن الحالات التى نحن بصددها أيضاً قسمة المال الشائع إذا تمت بالتراضى ولحق أحد المتقاسمين فيها غبن يزيد على الخمس (المادة ٨٤٥) .

يكون قابلا للإبطال (١) .

وقابلية العقد للإبطال لا تلحق العقد دوماً . فهى فترة مؤقتة تلازمه من نشوئه إلى وقت معين . يطول أو يقصر ، ولكنه ينتهى بالضرورة يوماً . وهذه الفترة تنقضى بأن يأخذ العقد مصيراً من إثنين : فهو إما أن يعمل فيه سيف الإبطال ، فينهار ويبطل . وإما أن يتطهر من جرثومة الفساد التى ينطوى عليها ، فيصبح صحيحاً نهائياً . وهكذا يمر العقد القابل للإبطال بمرحلتين متعاقبتين : مرحلة القابلية للإبطال ، ومرحلة تحدد المصير النهائى (٢) . ونتناول كلا من هاتين المرحلتين فيما يلى :

٢٢٨ — (أ) مرحلة القابلية للإبطال :

مرحلة القابلية للإبطال هى المرحلة الأولى التى تتلو إبرام العقد . وفى هذه المرحلة ، يكون العقد قائماً ، وينتج بالتالى كل آثاره ، شأنه فى هذا شأن أى عقد تام الصحة (٣) . كل ما هنالك من خلاف بين العقد القابل للإبطال

---

(١) و(٢) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية عن القابلية للإبطال التى أطلقت عليها الإصطلاح التقليدى (البطلان النسبى) ما يأتى : « أما البطلان النسبى ، فهو يفترض قيام العقد أو وجوده من حيث توافر أركانه . ولكن ركناً من أركانه هو الرضاء ، يفسد بسبب عيب بداخله ، أو بسبب نقص أهلية أحد العاقدين . ولذلك يكون العقد قابلا للبطلان ، بمعنى أنه يبطل إذا طلب ذلك من شرع البطلان لمصلحته ، وهو من داخل رضاءه العيب ، أو من لم تكتمل أهليته . ومن الجلى أن قابلية العقد للبطلان إنما تمثل العقد فى مرحلتين متتابعتين : الأولى مرحلة الصحة وينتج العقد فيها جميع آثاره . والثانية مرحلة البطلان ، ويعتبر العقد فيها باطلا لا حكم له من وقت نشوئه . فليست ثمة مراحل ثلاث : الصحة وقابلية البطلان والبطلان ، وإنما توجد مرحلتان : الصحة والبطلان (الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ج ٢ ص ٢٥٥) » .

ويلاحظ على هذه العبارة من المذكرة الإيضاحية عدم الدقة فى قولها إن مراحل القابلية للإبطال هى الصحة والبطلان . والسليم هو أن يقال ، كما سرنا عليه نحن فى المتن ، إن مراحل القابلية للإبطال هى الصحة وتحدد مصير العقد من استمرار الصحة أو وقوع البطلان . لأن العقد القابل للإبطال لا يصير حتما إلى البطلان ، فهو قد يتخلص من جرثومة الفساد التى تعتريه ، فيتطهر من العيب الذى يشوبه ، وتستمر صحته مبرأة مما كان يعتريها من تهديد بالزوال .

(٣) انظر تمييز الكويت ١٩٧٦/٣/٣١ ، طعن رقم ١٩٧٤/٤٨ تجارى . وقد جاء فى هذا الحكم أن العقد القابل للإبطال يكون شأنه ، قبل الحكم ببطلانه ، كشأن العقد الصحيح . فيتوفر له فى هذه المرحلة وجود قانونى كامل ، وتنتج عنه كافة الآثار القانونية التى تترتب عليه ، لو نشأ صحيحاً منذ البداية .

والعقد تام الصحة هو أن الأول يتضمن خللا يصلح سبباً لإبطاله ، ويهدده به بالفعل . فى حين أن الثانى برىء من كل عيب . فإذا باع ناقص الأهلية ، مثلا ، ماله ، فإن البيع ، طالما أنه لم يبطل . يعتبر صحيحاً ومنتجاً لكل الآثار التى من شأنه أن ينتجها عادة . فالبائع ملتزم بالتسليم وبنقل الملكية وبالضمان . وعليه أن يفى بهذه الالتزامات جميعاً للمشترى . ما لم يتمسك بإبطال العقد . والمشترى ملتزم بدفع الثمن. وإذا باع شخص ملك الغير ، ووقع البيع بالتالى قابلا للإبطال بمقتضى نص المادة ١/٤٦٦ . وبخلاف القواعد العامة ، كان للبائع أن يطالب المشترى بدفع الثمن ، مالم يتمسك هذا الأخير بإبطال العقد . حيث إن الإبطال مقدر لمصلحته . أما مشترى ملك الغير ، فله أن يطالب البائع بتنفيذ التزاماته الناتجة من البيع ، ويعتبر ذلك منه إجازة ضمنية لعقد البيع ، يصبح بها صحيحاً نهائياً فى العلاقة بين طرفيه (١) . وإذا ورد البيع على عقار ، كان صالحاً للتسجيل .

٢٢٩ — (ب) تحدد مصير العقد القابل للإبطال :

مرحلة القابلية للإبطال التى يمر بها العقد المتسم بها مؤقتة . فلا بد أن تنتهى يوماً . فيتحدد بانتهائها المصير النهائى للعقد . والعقد هنا يسير فى أحد طريقين : فهو إما أن يعمل فيه سيف الإبطال ، فينهار أى يبطل . وإما أن يتطهر من جرثومة الفساد ، وبالتالى تزول عنه القابلية للإبطال ، فيصير صحيحاً نهائياً . ونتناول كلا من هذين المصيرين بالتفصيل .

٢٣٠ — أولا : إبطال العقد :

العقد القابل للإبطال لا يصير باطلا من تلقاء نفسه . فهو يأخذ هذا المصير بحكم القاضى . والقاضى لا يقضى بإبطال العقد ، إلا بناء على طلب المتعاقد الذى يقرر القانون الإبطال لمصلحته . فلا يجوز له أن يقضى به بناء

---

(١) انظر : نقض ١٩٦٣/٣/١٤ ، طعن ٢٨/٢٤٣ق مجموعة النقض س ١٤ ص ٢٩٨ رقم ٤٥ . وقد جاء فى هذا الحكم أن بيع ملك الغير قابل للإبطال لمصلحة المشترى ، وأنه ليس لغيره أن يتمسك بالإبطال ، فإن لم يفعل بقى العقد قائماً ، ويكون له أن يطلب البائع بتنفيذ التزاماته ، ويعد ذلك منه إجازة للعقد .

على طلب شخص آخر غير ذاك الذى شرع الإبطال لمصلحته . حتى لو كان هذا الشخص هو المتعاقد الآخر [١] . وفى ذلك تقضى المادة ١٣٨ مدنى بأنه : « إذا جعل القانون لأحد المتعاقدين حقاً فى إبطال العقد فليس للمتعاقد الآخر أن يتمسك بهذا الحق » .

فالقانون ، حينما يقرر أن عقداً ما قابل للإبطال : يفعل ذلك . حماية

---

(١) وإذا رفعت دعوى بإبطال العقد تأسيساً على سبب معين ، وقضى برفضها ، فإن ذلك لا يمنع من رفع دعوى إبطال أو بطلان جديدة ، تأسيساً على سبب آخر مختلف . ذلك لأن القضاء برفض دعوى الإبطال أو البطلان المؤسسة على سبب بعينه لا يتضمن القضاء بصحة العقد ذاته . ويختلف الوضع تماماً لو رفعت الدعوى بصحة العقد تمهيداً لإنفاذ مقتضاه ، كما هو الشأن ، مثلا ، فى دعوى صحة ونفاذ عقد بيع العقار التى ترفع من المشترى تمهيداً لإجراء تسجيل الحكم الصادر فيها . فى مثل هذه الحالة الأخيرة ، لو قضى بصحة العقد ، فإنه يمتنع بعد ذلك رفع دعوى جديدة بإبطاله أو ببطلانه ، تأسيساً على أى سبب كان يمكن إبداؤه فى الدعوى التى قضى فيها بصحة العقد ، إذا تمسك الطرف الآخر بقوة الأمر المقضى . ذلك لأن القضاء بأن العقد صحيح يتضمن فى ذاته رفض أى سبب من أسباب الإبطال أو البطلان كان يمكن لأى من طرفيه ابداءه خلال قيامها . انظر فى هذا الاتجاه : نقض ٢١/٤/١٩٦٦ طعن ٢٨١/٣٢ق مجموعة النقض س ١٧ ص ٨٩٩ رقم ١٢٣ . وقد جاء فى هذا الحكم أن الدعوى بصحة ونفاذ عقد البيع تستلزم أن يكون من شأن البيع موضوع التعاقد نقل الملكية ، حتى إذا ما سجل الحكم الصادر فيها قام تسجيله مقام تسجيل العقد ذاته . « وهذا يقتضى أن يفصل القاضى فى أمر صحة البيع ويتحقق من استيفائه الشروط اللازمة لانعقاده وصحته ، ثم يفصل فى أمر امتناع البائع عن تنفيذ التزاماته ، ومن ثم فإن تلك الدعوى تتسع لأن يثار فيها كل أسباب بطلان العقد ، إذ من شأن هذا البطلان لو صح أن يحول دون الحكم بصحة العقد . ولا يصح قياس هذه الحالة على صورة رفع دعوى بطلان عقد لسبب من أسباب البطلان ، إذ فى هذه الصورة تنحصر وظيفة المحكمة فى بحث هذا السبب وحده ، فترفضه أو تقبله . وهى حين تنتهى إلى رفضه ، يقتصر قضاؤها على هذا الرفض ، ولا يتعدى ذلك إلى القضاء بصحة العقد . ومن ثم فإن حكمها برفض هذا السبب لا يمنع الخصوم من رفع دعوى جديدة بطلب بطلان ذات العقد لسبب آخر من أسباب البطلان . أما فى دعوى صحة ونفاذ العقد ، فالأمر مختلف . إذ المحكمة لا تقف عند رفض أسباب البطلان التى توجه إلى العقد ، بل أنها تجاوز ذلك إلى البحث فى صحة العقد ، ولا تقضى بصحته ونفاذه إلا إذا تحقق لها من الأوراق المقدمة إليها أن التصرف الذى يتناوله العقد صحيح ونافذ . وإذ كانت هذه الدعوى ، كما سبق القول ، تتسع لإثارة جميع أسباب البطلان التى توجه إلى التصرف ، فإنه إذا فات الخصم إبداء سبب من هذه الأسباب كان فى استطاعته إبداؤه فى تلك الدعوى ، ثم حكم بصحة العقد ونفاذه ، فإن هذا الحكم يكون مانعاً لهذا الخصم من رفع دعوى جديدة ببطلان العقد استناداً إلى هذا السبب » .

لمصلحة خاصة . هي مصلحة العاقد الذى حصل الخلل فى العقد إضراراً به ، فلا يكون لغير هذا العاقد أن يتمسك بالإبطال . بل ولا يجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها . والعاقد الذى يتقرر الإبطال لصالحه ، ويكون له بالتالى حق التمسك به ، هو ذاك التى يجىء رضاؤه بالعقد فاسداً ، نتيجة لنقص أهليته [١] ، أو لعيب شاب رضاءه .

وإذا كان للعاقد الذى يتقرر الإبطال لصالحه أن يتمسك وحده به ، دون العاقد الآخر ، ومن غير أن يكون للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ، فإنه يجوز له أن يتمسك به فى أية حالة كانت عليها الدعوى ، ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف ، مالم يفسر سكوته على أنه يتضمن النزول عن حق الإبطال ، وبعبارة أخرى ، على أنه ينطوى على إجازة ضمنية للعقد . ولكن لايجوز التمسك بالإبطال لأول مرة أمام محكمة النقض .

وحق طلب إبطال العقد المقرر للمتعاقد ينتقل بعد موته إلى ورثته ، باعتبارهم خلفاً عاماً له . كما أن لدائنيه أن يباشروه باسمه ونيابة عنه ، إعمالا للدعوى غير المباشرة . ذلك لأن حق طلب إبطال العقد ، اعتباراً بإنه يستهدف الخلاص من عقد سبق إبرامه ، يتمثل حقاً مالياً ، من غير أن يكون متعلقاً بشخص صاحبه خاصة [٢] .

---

(١) ولناقص الأهلية أن يباشر طلب الإبطال حال نقص أهليته بوساطة من يمثله قانوناً من ولى أو وصى أو قيم . فإن زال النقص فى أهليته ، كما إذا كان قاصراً وبلغ رشده ، أو سفيهاً أو ذا غفلة ورفع الحجر عنه ، جاز له أن يباشر طلب الإبطال بذات نفسه . وفى جميع الأحوال ينتقل حق طلب الإبطال عن ناقص الأهلية بعد موته إلى ورثته ، وذلك مع عدم الإخلال بما يقضى به القانون من تصحيح العقد وزوال رخصة إبطاله بمضى الزمن ، على نحو ما تقضى به المادة ١٤٠ . انظر فى ذلك : نقض ١٩٥٨/٢/٢٧ طعن ٢٤/٤٢ق ، مجموعة النقض س ٩ ص ١٦١ رقم ١٩ . وقد جاء فى هذا الحكم أن « للقاصر فى حال حياته أن يباشر طلب الإبطال بواسطة من يمثله قانوناً ، كما أن هذا الحق ينتقل بعد وفاته لوارثه بوصفه خلفاً عاماً يحل محل سلفه فى كل ما له وما عليه ... وإذ كان موضوع طلب الإبطال تصرفاً مالياً ، فإنه بهذا الوصف لا يكون حقاً شخصياً محضاً متعلقاً بشخص القاصر ، بحيث يمتنع على الخلف العام مباشرته » .

(٢) انظر فى خصوص انتقال حق طلب الإبطال للخلف العام : نقض ١٩٥٨/٢/٢٧ السابقة الإشارة إليه .

والقاعدة أنه إذا طلب الإبطال من القاضى ممن تقــرر لمصلحته ، وتوافر له سببه ، وجب على القاضى أن يقضى به . وذلك مالم ينص القانون على خلافه .

فليس للقاضى ، كأصل عام ، سلطة تقديرية فى إجابة المتعاقد إلى طلب الإبطال الذى يتحقق له سببه ، أو فى منعه عنه . ويستثنى من هذا الأصل الحالات التى يقضى فيها القانون بخلافه . ومنها على الأخص ، العقد المشاب بالاستغلال ، حيث يكون إبطاله أمراً جوازياً للقاضى (المادة ١٢٩ / ١) . وفقاً لما سبق لنا بيانه فى حينه [١] .

٢٣١ — ثانياً : تصحيح العقد القابل للإبطال :

المصير الثانى للعقد القابل للإبطال هو تصحيحه . فالعقد القابل للإبطال لايصير حتماً إلى زوال . فهو ، كما قلنا ، عقد قائم ، كل ما فى الأمر أنه يحمل بين طياته جرثومة فساد قد تؤدى إلى انحلاله . وهذه الجرثومة قد تفتك به ، فتبطله ، وقد تزول هى ، فيتطهر هو منها ، ويصير بذلك صحيحاً نهائياً ، بمعنى أنه يتخلص من خطر الإبطال الذى كان يتهدده .

ويتصحح العقد القابل للإبطال بأحد أمرين : الإجازة والتقادم . ونتناول كلا من هذين الأمرين بشىء من التفصيل ، وذلك فيما يلى :

٢٣٢ — الإجــازة :

الإجازة confirmation هى النزول عن حق طلب الإبطال ممن يتقرر لصالحه . وهى لذلك تصحح العقد القابل للإبطال . فقد سبق لنا أن رأينا أن هذا العقد لايبطل ، إلا بناء على طلب المتعاقد الذى يقرر القانون الإبطال لمصلحته . فإذا جاء هذا المتعاقد ونزل عن حقه فى طلب الإبطال ، صار العقد صحيحاً نهائياً . وفى ذلك تقضى المادة ١٣٩ بأنه : « ١ — يزول حق إبطال العقد بالإجازة الصريحة أو الضمنية . ٢ — وتستند الإجازة إلى التاريخ الذى تم فيه العقد ، دون إخلال بحقوق الغير » .

---

(١) راجع ما سبق ، نبذة ١٨٩ .

والإجازة [١] تصرف قانونى يصدر من جانب واحد : هو المتعاقد الذى يتقرر القانون الإبطال لصالحه [٢] . فهى بذلك تقع صحيحة ، دون لزوم صدور الموافقة عليها من المتعاقد الآخر [٣] .

ويترتب على اعتبار الإجازة تصرفاً قانونياً وجوب أن تجىء صحيحة فى ذاتها . ويلزم على الأخص ألا يشوبها العيب الذى كان يعترى العقد . وإلا وقعت قابلة للإبطال بدورها . فإذا وقع العقد قابلا للإبطال لنقص الأهلية أو لعيب يشوب الرضاء ، ماساغ أن تصدر الإجازة من المتعاقد نفسه إلا بعد أن يكون قد بلغ رشده ، أو تحرر من العيب الذى كان يشوب رضاءه

(١) ويجب التحرز فى القانون المعاصر من الوقوع فى الخلط الشائع بين الإجازة والإقرار . فالإجازة تصدر ، كما بينا ، من أحد طرفى العقد القابل للابطال ، وهو ذاك الذى يتقرر الإبطال لصالحه ، وتنطوى على النزول عن حق الإبطال ، الأمر الذى يؤدى إلى تصحيح العقد ، عن طريق زوال الإبطال الذى كان يتهدده . أما الإقرار ratification ، فهو تصرف يصدر من أجنبى عن العقد ، وبمقتضاه يرتضى ذاك الأجنبى إعمال هذا العقد فى حق نفسه ، الأمر الذى يؤدى به إلى نفاذه فى مواجهته . ومثال ذلك أن يبيع شخص ملك غيره ، فالبيع هنا لا ينفذ فى مواجهة المالك الحقيقى ، حيث إنه لم يكن طرفاً فيه . فان جاء هذا المالك وأقر البيع ، اعتبر أنه هو الذى أجراه مكان البائع ، ويصير بذلك طرفاً فيه من وقت نشأته ، وليس من وقت صدور الإقرار فحسب . أما فى لغة فقهاء المسلمين ، فاصطلاح « الإجازة » يستعمل للدلالة على ما يقصد فى لغة القانون المعاصر من اصطلاحى الإجازة والإقرار فى آن معا .

(٢) ويصح بطبيعة الحال ، وإعمالا للقواعد العامة ، أن تجىء الإجازة من نائب المتعاقد الذى تقرر الإبطال لصالحه . فتجوز ، مثلا ، أن تأتى الإجازة من ولى القاصر أو من وصيه ، بشرط مراعاة ما يقضى به القانون بصددها .

(٣) انظر تمييز الكويت ١٩٧٦/٣/٣١ طعن رقم ٧٤/٤٨ تجارى (وقد سبقت الإشارة إلى هذا الحكم) . وقد جاء فى الحكم : « العقد القابل للابطال يكون شأنه ، قبل الحكم ببطلانه ، كشأن العقد الصحيح . فيتوفر له فى هذه المرحلة ، وجود قانونى كامل ، وتنتج عنه كافة التصرفات القانونية (الصحيح أن الذى ينتجه العقد هو الآثار القانونية) التى تترتب عليه ، لو نشأ صحيحاً منذ البداية — وإذا ما لحقت الإجازة ذلك العقد ، طهرته من شائبة الإبطال العالقة به ، وانقلب بذاته إلى عقد صحيح على وجه بات . ولا وجه للقول بضرورة إنشاء عقد جديد فى هذه الصورة ، بما يتطلبه من إيجاب وقبول جديدين فيما بين الطرفين . ذلك أن الإجازة عمل قانونى من جانب واحد ، هو المجيز ، ولها أثر رجعى فى العلاقة بين العاقدين ، فيرتد أثرها بصحة العقد المجاز إلى وقت نشوئه » . ويلاحظ أن فكرة الأثر الرجعى للإجازة التى يقررها الحكم غير ذات موضوع ، وسوف نعرض لهذا الموضوع بعد قليل فى المتن .

(راجع المذكرة الإيضاحية عن المادة ٢٠١ من المشروع التمهيدى ، مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢٥٧) .

والإجازة قد تكون صريحة ، وقد تكون ضمنية . والإجازة الصريحة هى تلك التى تتضمن التصريح بالنزول عن حق طلب الإبطال ، دون ماضرورة لمجىء هذا التصريح فى عبارة أو فى أخرى .

أما الإجازة الضمنية ، فهى تلك التى يستدل عليها من ظروف الحال ، بشرط أن يكون هذا الاستدلال قاطعاً فى إفادته النزول عن حق التمسك بالإبطال . إذ أن النزول عن الحق لا يفترض ، ولا يتوسع فى تفسير ما يؤدى إليه . ومثال الإجازة الضمنية ، أن يلجأ المتعاقد الذى قرر القانون الإبطال لمصلحته إلى تنفيذ العقد أو إلى مطالبة العاقد الآخر بتنفيذه من جانبه (١) ، وذلك مع علمه بالفساد الذى كان يعتريه ، وأن يلجأ المشترى ، بعد أن يتبين فساد البيع الذى أبرمه ، إلى إعادة بيع المال إلى ثالث أو إلى رهنه أو إلى إجراء أى تصرف آخر فيه ، قانونياً كان هذا التصرف أم مادياً (٢) . وقد قضى بأن الدفع من رجل بصورية بيع أبرمه لزوجته ، اعتباراً بأنه فى حقيقته وصية ، يتمثل إجازة ضمنية لهذا العقد ، تمنعه من التمسك فيما بعد بإبطاله على أساس الاستغلال (٣) . كما قضى بأن توقيع القاصر ، بعد بلوغه سن الرشد ، كشاهد على عقود بيع أجراها المتقاسمون معه على أنصبائهم التى آلت إليهم بمقتضى القسمة التى أبرمها معهم فى حالة قصره ، يعتبر منه إجازة ضمنية لتلك القسمة (٤) . وعلى النقيض مما سبق ، قضى بأن الدفع بالتزوير لا يمنع

---

(١) أنظر : نقض ١٩٦٣/٣/١٤ ، مجموعة النقض س ١٤ ص ٢٩٨ رقم ٤٥ السابقة الإشارة إليه . وقد جاء فى هذا الحكم أن المشترى فى بيع ملك الغير (وهو عقد قابل للإبطال بمقتضى نص المادة ١/٤٦٦) أن يطالب البائع بتنفيذ التزاماته ؛ فإن فعل ، اعتبر ذلك منه إجازة للعقد .

(٢) ومثال التصرف المادى البناء فى الأرض المشتراة .

(٣) أنظر نقض مدنى ٧٦/١٢/٢١ مجموعة النقض س ٢٧ ص ١٨٠١ رقم ٣٣١ .

(٤) نقض ١٩٦٢/٥/٣ طعن ٢٦/٤٤٩ق مجموعة النقض س ١٣ ص ٥٩٥ رقم ٨٩ . وقد جاء فى هذا الحكم أن « إجازة العقد قد تكون صريحة أو ضمنية . ومن ثم فلا تثريب على =

من التمسك بطلب إبطال العقد تأسيساً على نقص الأهلية ، اعتباراً بأنه لا يتمثل إجازة ضمنية [1] .

واستخلاص حصول إجازة العقد من عدمه مسألة تدخل فى رحاب الواقع ، ولقاضى الموضوع فيها القول الفصل ، من غير أن يخضع فى تقديره لرقابة محكمة النقض ، طالما قام قضاؤه على أسباب سائغة من شأنها أن تحمله [2] .

ويترتب على الإجازة ، صريحة كانت أم ضمنية ، تطهير العقد من العيب الذى كان يعتريه ، وزوال الإبطال الذى كان من قبل يتهدده بسببه [3] .

= محكمة الموضوع إذا استخلصت — فى حدود سلطتها الموضوعية استخلاصاً سائغاً من وقائع الدعوى ومستنداتها — إجازة الطاعنة لعقد القسمة إجازة ضمنية بعد بلوغها سن الرشد من توقيعها كشاهدة على عقود البيع الصادرة من بعض المتقاسمين الآخرين والمشار فيها إلى أن أصل التمليك يرجع إلى عقد القسمة المذكور ، وبالتالى لا تعدو المجادلة فى ذلك أن تكون جدلا موضوعياً لا تقبل إثارته أمام محكمة النقض » .

(١) نقض ١٩٦٢/٢/١٥ طعن ٣٤٨/٢٦ق مجموعة النقض س ١٣ ص ٢٦٨ رقم ٤١ . وقد جاء فى هذا الحكم أنه « ليس فى القانون ما يحول دون التمسك بطلب بطلان التصرف لعيب فى أهلية المتصرف بعد الإخفاق فى الادعاء بتزوير العقد الحاصل به هذا التصرف ، لاختلاف نطاق ومرمى كل من الطعنين عن الآخر ، إذ يقتصر الأمر فى الطعن بالتزوير على إنكار صدور التصرف من المتصرف ، دون التعرض للتصرف ذاته من حيث صحته وبطلانه ، بينما أن الطعن ببطلان التصرف لصدوره من غير ذى أهلية يوجه إلى ذات التصرف بإنكار أهلية المتصرف فى إجراء التصرف . فإذا ما ثبت للمحكمة فساد الادعاء بالتزوير وصحة إسناد التصرف إلى المتصرف فإن ذلك لا يقتضى بطريق اللزوم أن يكون هذا المتصرف أهلا لإصدار التصرف . كما أن الطعن بتزوير العقد لا يتضمن فى ذاته إقرار الطاعن بأهلية المتصرف ولا يفيد نزوله عن حقه فى الطعن بعد ذلك فى التصرف لعيب فى هذه الأهلية » .

(٢) انظر : نقض ١٩٦٢/٥/٣ ، مجموعة النقض س ١٣ ص ٥٩٥ رقم ٨٩ السابقة الإشارة إليه .

(٣) وغنى عن البيان أن إجازة العقد القابل للابطال ، وإن كان من شأنها أن تدعم صحته ، بإزالة الحق فى طلب إبطاله ، إلا أنها لا ترفع عن أصل العيب الذى انتابه عدم مشروعيته إن كان متصفاً بها ، كما هو الشأن بالنسبة إلى الإكراه والتدليس ، ولا تحول بالتالى دون إمكان الرجوع على أساس المسئولية التقصيرية ، إذا توافرت مقوماتها ، وذلك ما لم يتضح غيره من قصد العاقد الذى صدرت منه الإجازة .

بيد أنها لاتحدث هذا الأثر ، إلا بالنسبة إلى ذات العيب الذى انصبت عليه ، والذى استهدف بها تصحيح العقد منه . فإن قام العقد على أكثر من عيب ، وحصلت الإجازة بالنسبة إلى عيب معين دون غيره ، تصحح العقد منه ، ولكنه يبقى مشوباً بالعيوب الأخرى ، وقابلا للإبطال بسببها . ومثال هذه الحالة أن يشترى قاصر ساعة على أنها من الذهب الخالص ، حالة كونها من النحاس ؛ فهنا يقع العقد قابلا للإبطال لسببين ، هما نقص الأهلية والغلط . فإن جاء المشترى ، بعد بلوغه رشده ، وأجاز العقد ، حالة كونه لازال واقعاً فى الغلط ، فإن العقد يتحرر من العيب الذى كان يشوبه نتيجة نقص الأهلية ، دون ذاك الذى يشوبه بسبب الغلط ، لأنه لايمكن هنا القول بأن الإجازة انصبت على هذا العيب الآخر .

وإذا كان من شأن الإجازة أن تصحح العقد القابل للإبطال ، نتيجة تطهيره من العيب الذى كان يتضمنه ، فكثيراً مايقال إنها تفعل ذلك بأثر رجعى ، يستند إلى تاريخ إبرام العقد ، وذلك دون إخلال بحقوق الغير . بل إن قانوننا المصرى (المادة ١٣٩ / ٢) قد قنن بالفعل هذه الفكرة . وهى من بعد فكرة عقيمة وغير ذات موضوع أصلا . لأن العقد القابل للإبطال قبل إجازته صحيح ومنتج لآثاره ، ومن ثم فهو ليس فى حاجة إلى أن ترتد الإجازة إلى ماضيه لتصححه ، فى وقت كان هو خلاله بالفعل صحيحاً [١] .

---

(١) ومن ناحية أخرى ، فالقول بأن أثر الإجازة يستند إلى تاريخ إبرام العقد ، « دون إخلال بحقوق الغير » ، هو قول مجرد عن المعنى . فليس من المتصور ، لو أننا تمشينا مع منطق القانون ، أن يخل الأثر الرجعى للإجازة فى ذاته بحقوق الغير . وقد لجأ بعض الفقهاء فى فرنسا وفى مصر إلى تصوير حالة يقع فيها هذا الإخلال . وهم فى هذا الصدد يقولون بأنه إذا باع ، مثلا ، ناقص الأهلية أرضه لزيد ، وبعد بلوغه سن الرشد باعها مرة ثانية لبكر أو رهنها له ، ثم أجاز البيع الأول ، فإن هذه الإجازة لاتسرى فى حق بكر الذى تخلص له الملكية دون زيد ، أو تنتقل الملكية لهذا الأخير مثقلة بالرهن لصالح بكر (انظر فى هذا المعنى : السنهورى ، الوسيط ج ١ نبذة ٣١٨ . وانظر أيضاً رد مندوب الحكومة على الاعتراضات التى وجهت إلى النص ، مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢٤٣) . وهذا القول لا يتسق مع مدلول نص المادة ٢/١٣٩ ؛ فهذا النص لا يقضى بأن الإجازة لا تسرى فى حق الغير ، وإنما هو يقول إن الذى لا ينفذ فى حق الغير هو استناد تلك الإجازة إلى التاريخ الذى تم فيه العقد . —

٢٣٤ — التقـــادم :

الأمر الثانى الذى يتصحح به العقد القابل للإبطال ، إلى جانب الإجازة ، هوالتقادم ، أى مضى الزمن . ففوات الزمن يسقط الحق فى إبطال العقد القابل للإبطال ، فيصير بذلك صحيحاً نهائياً . وفى ذلك تقضى المادة ١٤٠ بأنه : « ١ — يسقط الحق فى إبطال العقد إذا لم يتمسك به صاحبه خلال ثلاث سنوات . ٢ — ويبدأ سريان هذه المدة ، فى حالة نقص الأهلية ، من اليوم الذى يزول فيه هذا السبب ، وفى حالةالغلط أو التدليس ، من اليوم الذى ينكشف فيه ، وفى حالة الإكراه ، من يوم انقطاعه ، وفى كل حال لا يجوز التمسك بحق الابطال لغلط أوتدليس أو إكراه إذا انقضت خمس عشرة سنة من وقت تمام العقد » .

فالحق فى طلب إبطال العقد القابل للإبطال لا يثبت لصاحبه إلا إلى أجل محدد . فإذا انقضى هذا الأجل ، سقط ذاك الحق ، وتدعمت بذلك صحة العقد وتأيدت .

ومدة تقادم حق طلب الإبطال ، بالنسبة إلى نقص الأهلية : هى ثلاث سنوات ، تبدأ ، لا من تاريخ إبرام العقد ، ولكن من وقت زوالى نقص الأهلية . أى من وقت بلوغ المتعاقد سن الرشد إن كان قاصراً ، أو من وقت رفع الحجر عنه إن كان سفيها أو ذا غفلة ، أو من وقت موته فى جميع الأحوال . ومدة تقادم حق طلب الإبطال فى حالة الغلط أو التدليس والإكراه

= ومع إفتراض أن الإجازة ذاتها هى التى لا تسرى فى حق الغير ، فإن ذلك لا يؤدى بذاته وبمجرده إلى النتيجة التى يرتبها أنصار الرأى الذى نعارضه . فإذا أخذنا المثال السابق ، ومؤداه أن يبيع ناقص الأهلية أرضه لزيد ، وبعد بلوغه سن الرشد ، يبيعها مرة ثانية أو يرهنها لبكر ، ثم يجيز البيع الأول ؛ فى هذا المثال ، نجد أن البيع الحاصل لزيد ينشأ صحيحاً منتجاً لآثاره ، حتى قبل إجازته . فهو بهذه المثابة قد أفلح فى نقل الملكية إلى زيد . فإذا جاء البائع بعد ذلك ، وتصرف فى الأرض لبكر ، فإنه يتصرف له فى ملك الغير . فلا يستطيع أن ينقل إليه الملكية أو يرتب له حق الرهن ؛ لأنه فاقد الشىء لا يعطيه . فإذا أجاز البائع البيع الحاصل لزيد ، وقلنا إن هذه الإجازة لا تسرى فى حق بكر ، ما كان من شأن ذلك بذاته وبمجرده أن يخلص الحق لبكر . إذ أن عدم الاعتداد بالإجازة بالنسبة إلى بكر معناه عدم وجودها فى حقه ؛ والبيع الصادر لزيد صحيح بدون تلك الإجازة ومن قبل صدورها .

هى ثلاث سنوات تبدأ من اليوم الذى ينكشف فيه الغلط أو التدليس أو يرتفع فيه الإكراه ، أو خمس عشرة سنة تبدأ من وقت تمام العقد ، أى الفترتين أقصر ، وبعبارة أخرى ، أى الفترتين تنقضى أولا . أما فى حالة الاستغلال ، فحق الإبطال يسقط بمضى سنة واحدة تبدأ من تاريخ إبرام العقد (المادة ٢/١٢٩) ، كما سبق لنا أن بيناه فى حينه .

وسقوط حق طلب الإبطال بالتقادم ، يؤدى إلى تدعيم صحة العقد ، بزوال العيب الذى كان يتضمنه ، وخطر الإبطال الذى كان يتهدده نتيجة لوجوده . وما دام العقد قد أصبح تام الصحة ، فلا يجوز إبطاله بعد ذلك ، لا عن طريق الدعوى ، ولا عن طريق الدفع .

المبحث الثـــانى

العقـــد الباطل

٢٣٥ — يختلف العقد الباطل ، أو الباطل بطلاناً مطلقاً ، كما يطلق عليه فى الاصطلاح التقليدى ، اختلافاً أساسياً عن العقد القابل للإبطال ، أو الباطل بطلاناً نسبياً . فالعقد الباطل لا ينعقد أصلا . هو يولد ميتاً .

٢٣٦ — حالات العقد الباطل :

يقع العقد باطلا ، إذا تخلف ركن من أركانه ، أو اختل اختلالا يؤدى إلى عدم الاعتداد به أصلا [(١)] . وأركان العقد هى ، كما بينا ، الرضاء والمحل والسبب ، فضلا عن الشكل فى العقود الشكلية . فإذا لم يتوافر الرضاء ، بأن كانت إرادة أحد العاقدين صادرة عن غير وعى ، أو كانت صادرة عن وعى ، ولكنها لم تتطابق مع إرادة العاقد الآخر ، فإن العقد لا يقوم . ويبطل

---

(١) وقد ورد فى المذكرة الإيضاحية عن المادة ٢٠١ من المشروع التمهيدى ، التى أصبحت بعد تعديلات لفظية المادة ١٤٢ من القانون ، ما يأتى : « ترد أسباب البطلان المطلق إلى تخلف ركن من أركان العقد ، كعدم توافر الأهلية إطلاقاً بفقدان التمييز وانعدام الإرادة تفريعاً على ذلك أو كانتفاء الرضاء أو عدم وجود المحل حقيقة أو حكماً . وغنى عن البيان أن تخلف ركن من أركان العقد ، فى حكم الواقع أو حكم القانون ، يحول دون انعقاده أو وجوده . وهذا هو ما يقصد بالبطلان المطلق (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢٥٥) .

العقد كذلك إذا لم يكن لأحد الالتزامات المتولدة عنه محل ، أو كان محله مستحيلا ، أو غير محدد ، أو غير مشروع . ويبطل العقد أيضاً إذا تخلف فيه السبب ، أو اتسم بعدم المشروعية . وإذا كان العقد شكلياً كالرهن الرسمى أو عقد الشركة ، ولم يأت فى الشكل الذى رسمه القانون لقيامه ، وقع باطلا .

تلك هى الحالات التى يقع فيها العقد باطلا ، وفقاً لما تقتضيه القواعد القانونية العامة . وقد يقع العقد باطلا فى حالات أخرى متباينة ، إذا قضى القانون نفسه بذلك بمقتضى نص خاص ، كما هو الشأن فى بيع الوفاء [١] (المادة ٤٦٥) ، وكما هو الحال فى بيع أموال الدولة الخاصة بغير طريق المزاد عند لزومه [٢] ، وفى التصرف الذى من شأنه أن يؤدى إلى تجاوز الحد الأقصى للملكية [٣] .

٢٣٧ — تقرير بطلان العقـــد :

رأينا أن العقد الباطل لا ينعقد أصلا . ويترتب على ذلك أننا لا نكون فى حاجة إلى إيقاع بطلانه . فهذا البطلان حاصل من تلقاء نفسه . ولكن قد يحتاج الأمر إلى تقرير بطلان العقد ، إذا ما نوزع فيه . وهنا يرفع الأمر إلى المحكمة .

وبخلاف الحال فى العقد القابل للإبطال ، يجوز التمسك ببطلان العقد الباطل لكل ذى مصلحة ، بل إن للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها . وفى ذلك تقضى المادة ١/١٤١ بأنه : « ١ — إذا كان العقد باطلا جاز لكل ذى مصلحة أن يتمسك بالبطلان ، وللمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها ولا يزوال البطلان بالإجازة » .

---

(١) انظر : نقض ١٩٦٦/١٢/٦ طعن ٣٢/٢٠٤ق مجموعة النقض س ١٧ ص ١٧٧٠ رقم ٢٥٥ — نقض ١٩٦٧/٤/٢٧ طعن ٣٤/٥٨ق مجموعة النقض س ١٨ ص ٩٦٨ رقم ١٣٩ .

(٢) انظر : نقض ١٩٦٦/١٠/٢٥ طعن ٣٢/٣٥ق مجموعة النقض س ١٧ ص ١٥٧٣ رقم ٢٢٠ .

(٣) انظر : نقض ١٩٧٦/٢/٣ طعن ٤٢/٣٠٨ق مجموعة النقض س ٢٧ ص ٣٧٦ رقم ٨١ .

فلكل ذى مصلحة أن يتمسك ببطلان العقد الباطل ، لأنه إذ يتمسك به ، لا يفعل أكثر من المحاجة بحقيقة ماثلة ، مؤداها انعدام العقد الذى يواجه به (١) .

ويعتبر بالضرورة ذا مصلحة . ويسوغ له بالتالى التمسك ببطلان العقد ، كل من عاقديه ، حتى ذاك الذى لم يقم به سبب البطلان . فلو أن مجنوناً ، مثلا ، باع ماله ، وقع البيع باطلا . وثبت التمسك ببطلانه ، ليس للمجنون فحسب ، بل وللمشترى أيضاً (٢) . فبطلان العقد يعفى كلا من طرفيه من الالتزامات التى يولدها ، أو هو بالأحرى يؤدى إلى اعتبار أن هذه الالتزامات لم تنشأ أصلا فى ذمته ، أو هو يقطع . فى الأقل . صلته به إن لم يكن من شأنه أن يحمله بالتزام ما .

ويجوز أيضاً التمسك ببطلان العقد لغير طرفيه ، ممن يكون له مصلحة فى إهداره . ومثال ذلك أن يبيع شخص ، بعقد باطل . عقاراً يملكه لآخر . حالة كونه مرهوناً لأحد دائنيه ؛ هنا يسوغ للمرتهن أن يتمسك ببطلان البيع ، وأن يتجاهل بذلك المشترى ، كلما كان له فى ذلك مصلحة .

---

(١) انظر المذكرة الإيضاحية عن المادة ٢٠١ من المشروع التمهيدى ، المقابلة للمادة ١٤٢ من القانون (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢٥٦) . وقد جاء فيها : « ما دام البطلان المطلق يستتبع اعتبار العقد معدوماً — وليس ثمة محل للتفريق بين العقد الباطل والعقد المعدوم — فيجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك بهذا البطلان ، ولو لم يكن طرفاً فى التعاقد ، كالمستأجر مثلا فى حالة بطلان بيع الشيء المؤجر بطلاناً مطلقاً ، بل ويجوز للقاضى أن يحكم به من تلقاء نفسه . أما البطلان النسبى ، فلا يجوز أن يتمسك به إلا طرف من أطراف التعاقد ، هو الطرف الذى يشرع البطلان لمصلحته . ويكون من واجبه أن يقيم الدليل على توافر سببه » .

(٢) ويلاحظ أنه ، وإن كان منطق القانون يقضى ، كما بينا فى المتن ، أنه يجوز لمن يتعاقد مع المجنون أن يتمسك ببطلان العقد ، اعتباراً بأن العقد هنا معدوم ، إلا أن القانون الفرنسى ، رغبة منه فى منع المتعاقد مع المجنون من التخلص من الصفقة ، تأسيساً على أنه لم يكن فى حاجة إلى حماية القانون ، طالما أنه رشيد ، بات يقصر التمسك بالإبطال هنا على المجنون وحده ، دون من يتعاقد معه (المادة ٤٨٩/١ معدلة بالقانون رقم ٦٨/٥ الصادر بتاريخ ٣ يناير ١٩٦٨) . وبهذا أصبح عقد المجنون فى القانون الفرنسى قابلا للابطال لمصلحة المجنون ، وليس باطلا ، ويسقط الحق فى طلب إبطاله بمضى خمس سنوات (المادة ١٣٠٤ فرنسى) . وذاك مثال فذ من المشرع الفرنسى للتضحية بمنطق القانون وأصول فنه فى سبيل المصلحة .

ولا يقف الأمر عند ثبوت الحق فى التمسك ببطلان العقد الباطل لكل ذى مصلحة، سواء أكان أحد المتعاقدين أو أجنبياً عن العقد، بل إنه يسوغ للمحكمة . بل تجب عليها ، أن تقضى بهذا البطلان ، ولو من تلقاء نفسها ، أى حتى ولو لم يطلبه منها أحد الخصوم . والسبب فى ذلك أن بطلان العقد ، أى البطلان المطلق ، بخلاف القابلية الإبطال أو البطلان النسبى ، يتصل بالنظام العام .

وإذا رفعت دعوى ببطلان العقد تأسيساً على سبب معين . عدم مشروعية السبب مثلا ، ثم رفضت الدعوى ، فإن ذلك لا يمنع من رفع دعوى بطلان أو إبطال جديدة ضد نفس العقد ، إذا ما أسست على سبب آخر مختلف ، ولكن إذا رفعت دعوى بصحة العقد وقضى بقبولها ، فإنه يمتنع بعد ذلك الطعن فى العقد تأسيساً على أى سبب كان يمكن ابداؤه حال قيام تلك الدعوى [١] .

٢٣٨ — الإجازة لاتصحيح العقد الباطل :

العقد الباطل عدم ، كما بينا . وبالتالى فالإجازة لا تلحقه [٢] ، لأنها لا يمكنها أن تجعل من العدم شيئاً صحيحاً . وفى ذلك تقضى المادة ١٤١ فى آخرها بأنه : « ... ولا يزول البطلان بالإجازة » [٣] .

---

(١) انظر : نقض ١٩٦٦/٤/٢١ السابقة الإشارة إليه . وراجع ما قلناه فى خصوص دعوى إبطال العقد ، ص ٤٧١ هامش (١) .

(٢) ومن قبيل إجازة العقد الباطل ، ومن ثم يقع باطلا بدوره فلا يعتد به ، أن ينزل المتعاقد عن حقه فى الطعن فى العقد . فالنزول عن الطعن فى العقد الباطل يفيد ضمناً الرضاء به ، أى إجازته . انظر : نقض ١٩٦٧/٤/٢٧ ، مجموعة النقض س ١٨ ص ٩١٨ .

(٣) راجع المذكرة الإيضاحية عن المادة ٢٠١ من المشروع التمهيدى المقابلة للمادة ١٤٢ من القانون (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢٥٧) . وقد جاء فيها : « وما دام البطلان المطلق يستتبع اعتبار العقد معدوماً ، فلا يتصور إطلاقاً أن ترد عليه الإجازة . ويختلف عن ذلك حكم العقود القابلة للإبطال ، فهى تصحح بالإجازة ، ولو كانت ضمنية ، بشرط أن تتوافر شروط صحتها وقت الإجازة (كبلوغ المتعاقد القاصر سن الرشد وقت الإجازة ، مثلا) ، وأن تكون الإجازة ذاتها منزهة عن العيب . إذ ينبغى أن تستكمل ما يلزم من الشروط لصحتها ، باعتبارها تصرفاً قانونياً ... » .

بل إن الأمر لا يقف عند حد عدم إمكان أن تلحق الإجازة العقد الباطل [١] ، وإنما هذه الاجازة ، لو حصلت ، لوقعت بدورها باطلة . فمؤدى الإجازة ، كما سبق لنا أن بينا ، النزول عن حق التمسك بالبطلان . والبطلان هنا يمس النظام العام . ولا يصح النزول عن حق يتصل بالنظام العام . وهكذا نصل إلى أن العقد الباطل يظل متسما بهذا الوصف ، حتى لو أجيز ممن قام به سبب البطلان . بل إنه يجوز لهذا الشخص نفسه أن يتمسك بالبطلان ، شأنه فى هذا شأن أى شخص غيره تكون له مصلحة فى إهدار العقد . فلو أن مجنونا مثلا ، أبرم عقداً ، وبعد زوال جنونه ورفع الحجر عنه ، أجاز هذا العقد ، فإن تلك الإجازة لا تزيل عن العقد بطلانه ، الذى يبقى حق التمسك به ، حتى لمن صدرت منه الإجازة ، ولأى شخص آخر له مصلحة فى إهدار العقد .

وإذا امتنعت إجازة العقد الباطل ، فإنه يسوغ بالضرورة إعادة إبرامه ، من جديد ، بعد أن يتلافى سبب البطلان . على أن هـذا الأمر يقتضى ، من جديد ، توافق إرادتى طرفى العقد كليهما . فلا تكفى إرادة أحدهما ، كما هى الحال فى الإجازة . فإذا امتنع على من كان مجنوناً عند إبرام العقد أن يجيزه بعد رفع الحجر عنه ، فيسوغ له ، بعدئذ ، إعادة إبرامه، إذا ما ارتضاه الطرف الآخر ، وبشرط أن يرتضيه . وهنا ينشأ عقد جديد منبت الصلة عن العقد القديم الباطل ، وذلك من تاريخ الاتفاق عليه .

٢٣٩ — التقادم لا يصحح العقد الباطل :

العقد الباطل لا يتصحح بالتقادم ، مهما طال عليه الأمد . فهو عدم ، والعدم لا يصير شيئاً بفوات الزمن .

ولكن إذا كان البطلان الذى يلحق العقد لا يزول عنه بمضى الزمن ، فإن دعوى البطلان ذاتها تسقط بمضى خمس عشرة سنة من تاريخ العقد . وفى

---

(١) انظر : نقض ٢٧/٤/١٩٦٧ طعن ٥٨/٣٤ق مجموعة النقض س ١٨ ص ٩١٨ رقم ١٣٩ ، وقد جاء فى هذا الحكم أن بيع الوفاء ، باعتباره باطلا بطلاناً مطلقاً ، فإن الإجازة لا تلحقه وإذا كان ذلك ، فإن التنازل عن الطعن فى العقد لا يعتد به ، فهو بمثابة الإجازة .

ذلك تقضى المادة ٢/١٤١ بأنه : « وتسقط دعوى البطلان بمضى خمس عشرة سنة من وقت العقد » .

ولكن سقوط دعوى البطلان لا يعنى أن العقد أصبح صحيحاً . فهو لا زال باطلا . كل ما فى الأمر أن دعوى البطلان ذاتها تقع غير مقبولة ، إذ ما رفعت بعد ١٥ سنة من تاريخ إبرام العقد . وهكذا نصبح هنا أمام عقد باطل ، دون أن يكون من الممكن تقرير بطلانه عن طريق الدعوى .

وإذا كان من شأن سقوط دعوى البطلان بالتقادم أن يمتنع طلب بطلان العقد عن طريقها ، فإنه يمكن التمسك بهذا البطلان عن طريق الدفع ، مهما طال الزمن (١) و (٢) . فإذا وقع البيع ، مثلا ، باطلا ، وانقضى على إبرامه

---

(١) يلاحظ أن بعض التقنينات ، كالتقنين الإيطالى (المادة ١٣٠٢) ، ومشروع القانون الفرنسى الإيطالى (المادة ٢٢٧) ، والمشروع الأولى لتنقيح القانون المدنى الفرنسى (المادة ٢٧ من مشروع النصوص المتعلقة ببطلان التصرفات القانونية – أعمال لجنة التنقيح لعام ٤٦/ ١٩٤٧) قد حرصت على أن تنص على أن سقوط دعوى البطلان بمرور الزمان لا يمنع من التمسك بالبطلان على سبيل الدفع ممن يطالب بتنفيذ العقد . ولم يسر مشرعنا المصرى فى هذا الاتجاه ، لأنه لم ير ضرورة لذلك ، اعتباراً منه بأن الحكم يصل فى وضوحه وجلائه إلى حد أنه يمكن الوصول إليه بغير ما عناء ، استخلاصاً من طبيعة البطلان ذاتها ، المتمثلة فى اعتبار العقد عدماً ، واعتباراً بأن الدفوع فى ذاتها لا تتقادم (راجع الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢٥٣) .

(٢) راجع فى إمكان التمسك بالبطلان عن طريق الدفع مهما طال الزمن : نقض ٤/١١/ ١٩٥٧ ، مجموعة النقض س ٨ ص ٤٠٤ رقم ٤١ . وقد جاء فى هذا الحكم ما يأتى : « إنه وإن كانت دعوى البطلان المطلق تسقط بمضى خمس عشرة سنه ، إلا أن الدفع بهذا البطلان لا يسقط بالتقادم أبداً ، ذلك أن العقد الباطل يظل معدوماً ، فلا ينقلب مع الزمن صحيحاً ، وإنما تتقادم الدعوى به فلا تسمع بعد المدة الطويلة . أما إثارة البطلان كدفع ضد دعوى مرفوعة بالعقد الباطل ، فلا تجوز مواجهته بالتقادم ، لأنه دفع والدفوع لا تتقادم . فمتى كان الحكم المطعون فيه قد انتهى إلى بطلان سند الدين بطلاناً مطلقاً ... فإن ذلك يكفى لتقرير نتيجته اللازمة قانوناً ، وهى عدم تقادم الدفع بهذا البطلان ... » . وانظر فى نفس الاتجاه من الفقهاء : السنهورى ، المرجع السابق نبذة ٣٢٠ – Beudant ج ٨ نبذة ٢٨٢ – De Page ج ٢ نبذة ٧٨٤ – Planiol et Ripert ج ٦ نبذة ٣١٠ – Colin et Capitant ج ٢ نبذة ٢٧٢ – حشمت أبو ستيت *المرجع السابق نبذة* ٢٦٦ – عبد *المنعم الصده ، المرجع السابق نبذة* ٢٥٢ – سليمان مرقس ، نبذة ٢١٣ – وانظر فى الاتجاه العكس : Mazeaud ، المرجع السابق نبذة ٣٢٦ – Baudry - Lacantinerie ج ٣ نبذة ٢٠٣٩ – Josserand ج ٢ =

١٥ سنة ، ما كان للبائع ولا للمشترى أن يرفع أحدهما على الآخر دعوى البطلان . ولكن إذا كان البائع لم يسلم بعد المبيع للمشترى ، ورفع هذا عليه دعوى يطالبه فيها بالتسليم استناداً إلى البيع ، كان للبائع أن يدفع تلك الدعوى بتمسكه ببطلان البيع [١] . وكذلك الحال بالنسبة إلى المشترى ؛ فإذا لم يكن المشترى قد دفع الثمن ، ثم طالبه به البائع ، كان له أن يدفع ببطلان البيع . ويخلص نفسه بذلك من الالتزام به [٢] .

هكذا يبين أن العقد الباطل ، بخلاف العقد القابل للإبطال ، لا يتصحح بالتقادم ، مهما طال أمده . كل ما هنالك أن دعوى تقرير البطلان تسقط

= نبذة ٣٦٠ — جمال الدين زكى ، الوجيز فى النظرية العامة للالتزامات نبذة ١٢٥ .

ويلاحظ أن الأعمال التحضيرية للقانون المدنى المصرى تؤيد الرأى القائل بعدم سقوط الدفع بالبطلان بمرور الزمان . فقد قررت لجنة المراجعة ، عند النظر فى المادة ١٩٤ من المشروع التمهيدى ، المقابلة للمادة ١٤١ من القانون ، سقوط دعوى البطلان بالتقادم ، « ولكن الدفع بالبطلان لا يسقط بالتقادم » . وصارت الفقرة الثانية من تلك المادة على النحو التالى : « ٢ . وتسقط دعوى البطلان بمضى خمس عشرة سنة من وقت العقد دون الدفع به » . ووافق مجلس النواب على هذه الفقرة بعد إجراء تعديل لفظى لا يمس الجوهر . وقد حذفت عبارة « دون الدفع به » فى لجنة القانون المدنى بمجلس الشيوخ ، لا عزوفاً عن الحكم الذى تقتضيه ، ولكن اعتباراً بأنه « من المتفق عليه أن الدفوع لا تتقادم » وبأن اللجنة « لم تر محلا لا يراد تطبيق لهذه القاعدة المسلمة » . راجع فى ذلك مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢٥١ إلى ٢٥٣ .

(١) بل إنه إذا كان البائع قد سلم المبيع فعلا ، فانه لن يعدم وسيلة يستطيع بها استرداده من المشترى ، مالم يكن هذا قد كسب ملكيته بسبب آخر غير البيع . وطريقه إلى ذلك أن يتجاهل عقد البيع ، ويلجأ إلى دعوى استحقاق الشىء الذى باعه ، أى يستند إلى ملكيته لهذا الشىء . والقاعدة أنه إذا أثبت شخص أنه كان فى وقت ما مالكاً للشىء ، فإن الملكية تخلص له ، إلا إذا أثبت المدعى عليه أن تلك الملكية قد انتقلت إليه هو ، بطريق أو بآخر . فهنا يرى المشترى نفسه مضطراً ، فى سبيل الاحتفاظ بالشىء الذى تسلمه ، إلى أن يحاول أن يثبت أن ملكيته قد آلت إليه . فان لجأ ، فى هذا السبيل ، إلى التمسك بعقد البيع الباطل ، حق للبائع أن يدفع ببطلانه .

(٢) أما إذا كان المشترى قد دفع الثمن ، فهو لن يعدم ، حتى فى هذه الحالة ، وسيلة لاسترداده ، بطريق آخر غير دعوى بطلان البيع . وسبيله إلى ذلك أن يرفع على البائع دعوى إسترداد ما دفعه ، على اعتبار أنه دفع له ما ليس بمستحق عليه ، بشرط ألا يكون قد امتنع سماع هذه الدعوى بمرور الزمان . فإن تمسك البائع هنا بالبيع ، بغية إثبات أحقيته فيما قبضه ، جاز للمشترى أن يدفع ببطلانه .

بمضى ١٥ سنة من تاريخ العقد . ويبقى بعد ذلك التمسك بالبطلان عن طريق الدفع جائزاً ، دون تقيد بحد زمنى .

٢٤٠ — مقارنة بين العقد القابل للإبطال والعقد الباطل :

يحسن بنا ، بعد أن بينا أحكام كل من العقد القابل للإبطال والعقد الباطل ، أن نستجمع الفروق التى تباعد بينهما . وتتركز هذه الفروق فيما يلى :

١ — العقد القابل للإبطال هو عقد قائم ومنتج لكل آثاره ، وإن كان ينطوى على جرثومة فساد تنهض سبباً لجعله قابلا للإبطال . وقد يعمل فيه سيف الإبطال ، فيبطل . وقد يتحرر من الفساد الذى يعتريه ، فتتأكد صحته ويتدعم ، ويزول خطر الإبطال الذى كان يتهدده . أما العقد الباطل فهو لا ينعقد أصلا . فهو والعدم سواء .

٢ — العقد القابل للإبطال لا يبطل ، إلا إذا تمسك بإبطاله من يقرر القانون هذا الأمر لصالحه . فلا يجوز للمتعاقد الآخر أو لغيره أن يتمسك بالإبطال . ولا يسوغ للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها . أما العقد الباطل . فلكونه عدم ، فإنه يسوغ التمسك ببطلانه لكل ذى مصلحة . وللمحكمة أن تقضى به ، ولو من تلقاء نفسها .

٣ — العقد القابل للإبطال يتصحح بالإجازة ، بخلاف العقد الباطل .

٤ — العقد القابل للإبطال يتصحح بالتقادم . أما العقد الباطل ، فلا يتصحح بالتقادم مهما طال أمده . وإن كانت دعوى تقرير بطلان العقد الباطل تسقط بالتقادم الطويل ، فإن ذلك لا يفيد أن هذا العقد قد تصحح ، فهو يستمر باطلا ، كل ما هنالك هو أن الدعوى بتقرير بطلانه لا تسمع قضاء . ويبقى بعد ذلك الطريق مفتوحاً لأى ذى شأن فى أن يتمسك بالبطلان عن طريق الدفع .

المبحث الثالث

أثر البطـــلان

٢٤١ — تبينا ، فيما سبق ، أن البطلان ينقسم ، من حيث الوقت الذى يلحق العقد فيه ، نوعين : فهناك نوع منه يلحق العقد عند نشوئه ، فيحول دون انعقاده أصلا ، أو هو يجعله يولد ميتاً . وفى هذه الحالة ، يقال إن العقد باطل . وهناك نوع آخر من البطلان لا يلحق العقد عند نشوئه ، ولكن جرثومته تكون كامنة فيه . وهكذا يولد العقد وينتج آثاره ؛ ولكنه يكون قابلا للإبطال . وقد يلحقه البطلان بالفعل ، إذا ما قضى بإبطاله ، دون أن يكون ذلك على سبيل اللزوم والحتم . وسواء ألحق البطلان العقد عند نشوئه ، أم لحقه فى تاريخ لاحق نتيجة إبطاله ، فإن أثره واحد فى الحالتين .

ويتركز أثر البطلان فى إعدام العقد إعداماً يستند إلى تاريخ إبرامه . فالبطلان لا يزيل العقد من وقت الحكم به فحسب . ولكن من وقت نشوئه أيضاً . هو يزيله بالنسبة إلى الماضى والمستقبل . هو يؤدى إلى اعتباره عدما ، وأنه كان دائماً كذلك . وهكذا نجد أن للبطلان أثراً رجعياً . وفى ذلك يستوى العقد الباطل من الأصل ، والعقد القابل للإبطال إذا ماقضى بإبطاله .

وإذا كان مؤدى البطلان هو إعدام العقد إعداماً يستند إلى وقت إبرامه ، ترتب على ذلك اعتبار تنفيذه كأن لم يكن ، إن كان قد تنفذ [١] . وهذا ما يقتضى إعادة المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد ، إن كان ذلك ممكناً ، وإلا ساغ الحكم بأداء معادل . وفى ذلك تقضى المادة ١/١٤٢ بأنه : « ١ — فى حالتى إبطال العقد وبطلانه يعاد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد ، فإذا كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل » .

فإذا نشأ البيع ، مثلا ، باطلا ثم تقرر بطلانه ، أو انعقد قابلا للإبطال ثم قضى بإبطاله ، وكان المبيع قد سلم إلى المشترى ، وجب على هذا الأخير رده

(١) فتنفيذ العقد الباطل أو القابل للابطال لا يحول ، بطبيعة الحال ، دون إمكان التمسك ببطلانه أو بإبطاله ، مالم يعتبر تنفيذ العقد القابل للابطال إجازة إياه . انظر فى ذلك تمييز الكويت ١٩٧٣/٥/٩ ، القضاء والقانون س ٤ ع ١ ص ٦٦ .

إلى البائع ، كما يجب عليه رد كل ما اقتطعه من أصله ، كما إذا اقتلع منه شجرة . ويجب عليه أيضاً ، أن يرد جميع الثمار التي أخذها من البيع ، مالم يكن قد تملكها إعمالا لقاعدة أن حائز الشيء يتملك ثماره التي يقبضها بحسن نية (المادة ٩٧٨) . وإذا كان المبيع ، في البيع الباطل ، قد هلك بخطأ المشترى ، أو تعذر على هذا رده ، لسبب أو لآخر يعزى إليه ، وجب عليه أن يدفع للبائع قيمته . أما إذا كان المبيع قد هلك بقوة قاهرة ، ما كان على المشترى جناح ، مالم يكن سيء النية عند تسلمه إياه ، أى عالماً حينئذ بسبب البطلان ، ولم يستطع أن يثبت أن الشيء كان ليهلك أيضاً عند المشترى لو أنه كان في يده . وإذا كان المشترى قد دفع الثمن ، وجب على البائع رده إليه ، لاعتبار أنه أخذه منه بدون وجه حق ، وذلك مالم يكن الالتزام بالرد قد انقضى بالتقادم .

وإذا لحق البطلان عقد الإيجار ، حالة كونه قد تنفذ فعلا ، التزم المستأجر برد العين ، كما يلتزم المؤجر بأن يرد للمستأجر جميع المبالغ التي أخذها على سبيل الأجرة . ولكن حيث إنه يتعذر هنا إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل الإيجار ، بالنسبة لانتفاع المستأجر بالعين ، إذ الفرض أنه انتفع بها بالفعل ، فإن المستأجر يلتزم بأن يؤدى للمؤجر مبلغاً يراعى في تحديده القيمة الإيجارية للشيء ، أى أجرة المثل السوقية ، وليس الأجرة المتفق عليها بالفعل .

يخلص مما سبق أن البطلان يؤدى إلى إعدام العقد وإزالة كل أثر له ، الأمر الذى يترتب عليه إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرامه [١] .

---

(١) ويسرى هذا الحكم ، حتى لو وقع البطلان بسبب عدم المشروعية ، كما إذا كان محل العقد أو سببه مخالفاً للنظام العام أو لحسن الآداب . وقد وجدت لدى الرومان نظرية مختلفة في هذا الصدد . ومؤدى هذه النظرية أن الاسترداد لا يجوز للمتعاقد الذى لحقه الدنس ، أى المتعاقد الذى يكون عدم المشروعية آتياً منه ، أو يكون هو مشتركاً فيه . فإذا دفع رجل ، مثلا ، مبلغا من المال لآخر نظير ارتكابه جريمة ، أو دفع هذا المبلغ لإمرأة لحملها على معاشرته ، ما كان له في القانون الرومانى أن يسترد ما دفع ، لاعتبار أنه ملوث . أما إذا كان قد دفع هذا المبلغ لمنع ارتكاب جريمة ، أو لرد شيء مسروق أو شخص مخطوف ، فانه كان يسوغ له الاسترداد ، لاعتبار أنه لم يتلوث بالعقد الذى أجراه . وقد صاغ الرومان هذه الفكرة في قاعدة أساسية من =

وذلك بطبيعة الحال ما لم يقض القانون بغيره ، كما هو الشأن على الأخص فيما يتعلق ببطلان أو إبطال عقد عديمي الأهلية وناقصيها (المادة ٢/١٤٢) ، وفيما يتعلق بحماية الخلف الخاص حسن النية من أثر إبطال عقد سلفه ، وهما الحالتان اللتان سوف نعرض لهما بعد قليل . فضلا عن غيرهما من الحالات الأخرى التي يخصها القانون بحكم مغاير[1] ، وفضلا عن بعض العقود التي أدى تنافي طبيعتها مع منطق البطلان في كماله بالقضاء إلى أن يغاير الحكم في خصوصها

= القواعد التي تسود قانونهم ، ومؤداها أنه لا يجوز لأحد أن يتمسك بدنس نفسه Nemo auditur propriam turpitudinem allegans . وقد انتقلت هذه الفكرة إلى القانون الفرنسي ، وإن اتجه الفقه والقضاء تحت ظله إلى قصرها على العقود الباطلة لمخالفة حسن الآداب ، دون تلك التي تبطل بسبب مخالفة النظام العام ، ما لم تكن تلك المخالفة بالغة الخطورة . ووجدت هذه الفكرة لها صدى في الفقه والقضاء تحت ظل القانون المصري القديم . وقد أراد واضعو المشروع التمهيدي للقانون المصري الحالي أن يعملوا هذه الفكرة ، فضمنوه نصاً — هو نص المادة ٣/٢٠١ — يقضي بأنه : « لا يجوز لمن وفى بالتزام مخالف للآداب أن يسترد ما دفعه ، إلا إذا كان هو في التزامه لم يخالف الآداب » . وحذف هذا النص ، فلم يأت في القانون . وجاء هذا الحذف موفقاً . لأن منع الاسترداد لا يتسق ، من ناحية ، مع منطق البطلان . وهو من ناحية أخرى ، يشجع على إبرام العقود المخالفة للآداب ، ما دام المتعاقد يطمئن إلى عدم رد ما يأخذه نتيجة لها .

وينبغي ، في ظل قانوننا المدني الحالي ، عدم اتباع القاعدة الرومانية العتيقة التي تقضي بأنه عند بطلان العقد ، يمتنع الاسترداد على من لحقه الدنس ، أو كما تقول القاعدة الرومانية نفسها : « لا يسمع الشخص إذا تمسك بدنسه » . فمؤدى البطلان في ذاته هو انعدام العقد ، وإزالة كل آثاره ، ما لم يصرح القانون نفسه ، في حالة معينة ، بحكم مغاير ، ثم إن الأعمال التحضيرية لقانوننا تبدو قاطعة في إبراز قصد الشارع في عدم إتباع القاعدة الرومانية السابقة . إذ أنه ، بعد أن جاءت المادة ٣/٢٠١ من المشروع التمهيدي تصرح بالأخذ بتلك القاعدة وتتضمنها ، وعند عرضها على لجنة المراجعة ، اقترح أحد أعضائها حذفها « لأنها لا تتمشى مع منطق البطلان » ، فوافقت اللجنة على ذلك (تراجع مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢٥٨) . والفقه في مصر يجمع على عدم اتباع القاعدة الرومانية في ظل قانوننا . انظر في ذلك : السنهوري ، نبذة ٣٣٨ — حشمت أبو ستيت ، نبذة ٢٥٩ — عبد المنعم الصده ، نبذة ٢٦٢ — أنور سلطان ، نبذة ٢٣٢ — جمال الدين زكي ، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات طبعة ٣ ص ٢٤٦ هامش ٨ .

(١) ومن الحالات الأخرى التي يترك فيها البطلان بعض الأثر حالة تحول العقد (المادة ١٤٤) التي سوف نعرض لها في المتن بعد قليل .

على نحو أو على آخر . ونخص بالذكر من تلك العقود عقد الشركة [١] وعقد العمل [٢] .

---

(١) فعقد الشركة يتميز عن غيره من كافة العقود الأخرى بأنه لا يقتصر فى أثره على تنظيم العلاقة بين أطرافه ، وإنما هو يرتب أثراً جوهرياً آخر ، وهو ذاك المتمثل فى إنشاء شخص معنوى مستقل عن الشركاء له ذمته المالية الخاصة ، وله نشاطه المالى الخاص . وهذا الشخص المعنوى يتعايش بالضرورة مع غيره من أفراد الناس ومن هم فى حكمهم ، فيكسب قبلهم الحقوق ويتحمل بالالتزامات . وقد يظل هذا الشخص المعنوى قائماً فى حكم الواقع برغم بطلان عقد الشركة ، الأمر الذى يجعل إزالته من الوجود بأثر رجعى يتنافى فى الكثير من النواحى مع ما حصل فى واقع الأمر . ثم إن بقاء الشركة فى حكم الواقع فترة من الزمن تطول أو تقصر وقيامها بنشاطها المالى يؤدى بالضرورة إلى أن تجنى أرباحاً أو تتحمل خسائر على نحو لا يمكن إزالته من الوجود بعد حصوله حتى فى العلاقة بين الشركاء أنفسهم . وكل هذا وغيره أدى بالقضاء ، عند الحكم بإبطال عقد الشركة أو بتقرير بطلانه ، إلى عدم إعماله منطق البطلان فى كامل مداه ، وعلى الأخص بالنسبة إلى أثره الرجعى . وهذا ما جعله يلجأ فى كثير من الأحيان إلى ما أطلق عليه الشركة الفعلية Societé de fait . انظر فى بطلان عقد الشركة ونظرية الشركة الفعلية : محسن شفيق ، الوسيط فى القانون التجارى المصرى نبذة ٢٩٦ وما بعدها — على يونس ، الشركات التجارية نبذة ٣٥ وما بعدها .

(٢) يسير القضاء الفرنسى فى مجموعه ، وعلى رأسه محكمة النقض ، بمباركة من الفقه ، على عدم إعمال الأثر الرجعى للبطلان فى خصوص عقد العمل ، حتى لو كان البطلان راجعاً إلى مخالفة النظام العام ، ولم يشذ عن سلوكه هذا إلا فى أحوال نادرة تأثر فيها بفداحة وخطورة المخالفة التى سببت البطلان ، كالعمل فى منشأة تباشر نشاطها لمصلحة العدو المحتل للبلاد ، وكالعمل كخادمة فى منزل معد للمهارة ؛ والقضاء فى شذوذه ذاك لم يسلم من النقد . وقد تأثر القضاء الفرنسى ، فى إبعاده الأثر الرجعى للبطلان فى خصوص عقد العمل ، بالنزعة الإنسانية التى تسود تنظيم هذا العقد ، والتى كان من شأنها إضفاء المزايا العديدة على العامل ، وهى من بعد مزايا تنمو وتتضخم على مر الأيام . إذ أن مؤدى إنفاذ الأثر الرجعى للبطلان اعتبار أن الشخص لم يكن عاملا فى المدة السابقة على الحكم به ، حتى لو كان يشتغل بالفعل خلال تلك الفترة . وهذا من شأنه أن يحرم العامل من المزايا العديدة التى يقررها قانون العمل ، برغم أنه فى كثير من الأحيان لا يكون مخطئاً ، أو فى الأقل لا ينفرد وحده بالخطأ ، فى حين أن رب العمل يفيد من ذاك الوضع ، برغم أنه فى أغلب الأحيان مخطىء ، إذ أن حرمان العامل من المزايا العمالية نتيجة الأثر الرجعى للبطلان ينعكس على رب العمل بالنفع . راجع فى عدم إعمال الأثر الرجعى للبطلان فى خصوص عقد العمل : مؤلفنا ، أحكام قانون العمل الكويتى ، نبذة ١٥٨ . وانظر من أحكام القضاء الفرنسى : نقض اجتماعى ١٩٦١/٢/٢ ، دالوز ١٩٦١ ص ١٨٢ — نقض إجتماعى ١١/٢٥/ ١٩٦٠ — نقض إجتماعى ١٩٦٦/٢/٩ .dr. Soc ص ٤٢٦ وتعليق Savatier — نقض مدنى ١٩٢٦/٢/١٠ دالوز ١٩٢٧، ١/٣٠ . وقارن حكم باريس ١٩٤٨/١١/٣٠ ، .J.C.P ١٩٤٩/٢/٤٨٧١ — نقض اجتماعى ١٩٦٤/١/٨ ، دالوز ١٩٦٤ J ٢٦٧ .

٢٤٢ — أساس الالتزام بالرد المترتب على بطلان العقد :

رأينا أنه يترتب على بطلان العقد اعتبار أنه لم يقم أصلا ، الأمر الذى من شأنه أن يعيد المتعاقدين إلى الحالة التى كان عليها عند إبرامه ، إذا كان هذا متيسراً ، وإلا حكم بتعويض معادل . ومؤدى ذلك أن كل متعاقد يتحمل قبل الآخر بالالتزام بأن يرد له كل ماأخذه منه ، أو أن يؤدى له ما يعوضه عنه ، إذا استحال الرد عليه .

ولا صعوبة فى تحديد الأساس الذى يقوم عليه الالتزام بالرد ، إذا كان الشيء الذى تسلمه المتعاقد بمقتضى العقد الباطل باقياً بذاته لم يهلك أو يتلف . إذ أن ذلك الأساس يتمثل فى تسلم غير المستحق ، أو دفع غير المستحق كما يسميه مشرعنا . فنتيجة الأثر الرجعى لبطلان العقد أو إبطاله ، يعتبر كل متعاقد أنه أخذ ما أعطاه إياه المتعاقد الآخر ، من غير أن يكون له حق فيه ، ومن ثم يلتزم برده إليه . وهذا هو عين ماقضت به المادة ١٨٢ بقولها : « يصح استرداد غير المستحق إذا كان الوفاء قد تم تنفيذاً لالتزام لم يتحقق سببه أو لالتزام زال سببه بعد أن تحقق » .

ولكن الأمر قد أثار بعض الجدل فى الحالة التى يتعذر فيها على العاقد أن يرد ما تسلمه بمقتضى العقد ، ويلتزم بالتالى بأن يؤدى إلى العاقد الآخر ما أسمته المادة ١/١٤٢ « التعويض المعادل » كما إذا كان الشيء قد هلك أو تلف . فماذا عساه أن يكون هنا مصدر الالتزام بأداء التعويض المعادل ؟

لقد اختلفت فى هذا الصدد الآراء . فأرجع البعض الالتزام بأداء التعويض المعادل إلى المسئولية التقصيرية[1] . وهذا رأى بعيد كل البعد عن الصواب . ذلك لأن المتعاقد يلتزم بأداء التعويض المعادل كلما تعذر عليه أن يرد الشيء

---

(١) انظر فى هذا الاتجاه : نقض ١٩٦٩/٦/٤ طعن ٣٤/١٣٨ق مجموعة النقض س ٢٠ ص ٨٦٨ رقم ١٣٧ . وقد جاء فى هذا الحكم أن « أساس الحكم بالتعويض المعادل — فى حالة إبطال العقد أو بطلانه مع استحالة إعادة المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليها قبله — إنما هو المسئولية التقصيرية » . وقارن السنهورى، المرجع السابق نبذة ٣٢٧ ، حيث لا يرجع أساس الالتزام هنا إلى المسئولية التقصيرية إلا عندما ترجع استحالة رد الشيء إلى خطأ المتعاقد .

الذى تسلمه . حتى لو لم يكن ذلك راجعاً إلى خطئه ، وهو الأمر الذى يغلب حصوله بالفعل فى واقع حياة الناس ، كما إذا اشترى شخص سيارة أو منزلا بعقد باطل أو قابل للإبطال من غير أن يدرى العيب الذى يشوبه ، وتصرف فى المبيع على نحو يتعذر معه رده بذاته : معتقدا آنئذ أنه مالك بمقتضى عقد سليم من الشوائب .

ورأى البعض الآخر وجوب اعتبار الالتزام بأداء «التعويض المعادل» كما لو كان ناشئاً من العقد الباطل [1] . وليس لهذا الرأى مسحة من صواب . فإذا كان العقد قد وقع باطلا أو قد أبطل بأثر رجعى ، فكيف نعتبر الالتزام بالرد أو الالتزام بأداء التعويض المعادل كما لو كان ناشئاً عنه !

والرأى الذى نراه صوابا هو أن يُرد الالتزام بأداء التعويض المعادل إلى تسلم غير المستحق أو دفع مالا يجب ، شأنه فى ذلك شأن الالتزام برد الشىء ذاته . إذ أن من يتسلم ما ليس له حق فيه يتحمل بالضرورة تبعه هلاكه أو تلفه . إذا كان ذلك راجعا إلى سبب يعزى إليه .

وإذا كان الالتزام بالرد نتيجة بطلان العقد يرجع فى أساسه إلى تسلم غير المستحق ، لزم إعمال قواعد هذا النظام بالنسبة إلى الفوائد والثمار (المادة ١٨٥) ، وبالنسبة إلى تبعة الهلاك ، مع مراعاة حسن النية وسوئها .

٢٤٣ — أثر البطلان بالنسبة إلى ناقص الأهلية :

يرد على قاعدة وجوب رد المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليها قبل إبرام العقد نتيجة بطلانه استثناء هام ، فى الحالة التى يبطل فيها العقد بسبب نقص الأهلية . فهنا لا يلزم ناقص الأهلية ، إلا برد قيمة ماعاد عليه فعلا من نفع معتبر قانونا نتيجة تنفيذ العقد ، إن كان قد تنفذ . وفى ذلك تقضى المادة ٢/١٤٢ بأنه : « ٢ — ومع ذلك لا يلزم ناقص الأهلية ، إذا أبطل العقد لنقص أهليته ، أن يرد غير ما عاد عليه من منفعه بسبب تنفيذ العقد » .

فإذا باع القاصر ، مثلا ، ماله وقبض ثمنه ، ثم أنفق بعض هذا الثمن فى ملذاته القائمة على النزق والطيش ، وأنفق بعضه الآخر فيما عاد عليه بنفع

(١) راجع : عبد المنعم الصده ، نبذة ٢٦٠ والمراجع التى يشير إليها .

معتبر قانوناً ، كما إذا اشترى به مالا مفيداً من غير أن يغبن فى ثمنه . أو دفعه فى أغراض تعليمه بغير إسراف ، ما كان ملزماً ، عند إبطال البيع ، بأن يرد للمشترى إلا القدر من الثمن الذى عاد عليه بالنفع فعلا . أما القدر الذى أنفقه فى ملذاته وطيشه ، فلا يلتزم برده . إذ القانون يعتبر أنه لم ينتفع به .

وإذا كان ظاهر نص المادة ٢/١٤٢ يجعل الاسترداد فى حدود المنفعة مقصوراً على حالة ناقص الأهلية ، وهو القاصر ثم السفيه وذو الغفلة بعد تسجيل قرار الحجر عليهما ، إلا أن هذا الحكم يسرى أيضا على عديمى الأهلية ، وهم الصبى غير المميز ثم المجنون والمعتوه بعد تسجيل قرار الحجر عليهما [١] . ذلك لأن الحكم السابق لا يعدو أن يكون مجرد تطبيق لقاعدة أعم وأشمل ، أوردتها المادة ١٨٦ بقولها : « إذا لم تتوافر أهلية المتعاقد فيمن تسلم غير المستحق فلا يكون ملتزماً إلا بالقدر الذى أثرى به » .

ويلاحظ أن تحديد الالتزام بالرد بالمنفعة المعتبرة قانونا مقصور على من لا تتوافر الأهلية فيه . فلا يفيد من هذه الميزة المتعاقد الآخر . إذا كان مكتمل الأهلية .

ولكن على من يقع عبء الإثبات فى الحالة التى نحن بصددها ؟ هل يقع على ناقص الأهلية ، فيتحتم عليه أن يقيم الدليل على أنه لم يفد مما تسلمه بمقتضى العقد كلياً أو جزئياً ؟ أم أن عبء الإثبات يقع على المتعاقد الآخر ، فيقيم الدليل على أن ناقص الأهلية قد أفاد مما أخذه منه ؟

قد رأى البعض النظر الثانى[٢] ولكن هذا الرأى يبدو لنا غير سديد . فالأصل أنه ، عند بطلان العقد أو إبطاله ، يلتزم العاقد بأن يرد كل ما أخذ . فإن أعفى القانون ناقص الأهلية من رد مالم يعد عليه بالمنفعة ، فإن هذا الإعفاء يرد على خلاف الأصل . وكل من يدعى أمراً يتخالف مع الأصل يقع عليه عبء إثبات أحقيته فيه .

---

(١) انظر فى نفس الاتجاه : جمال الدين زكى ، المرجع السابق نبذة ١٣٢ .

(٢) راجع جمال الدين زكى ، المرجع السابق .

٢٤٤ — حماية الغير حسنى النية من نتائج البطلان :

قد يترتب على إعمال نتائج البطلان على إطلاقها، أن يترتب فادح الضرر، ليس للمتعاقد الذى لم يقم به سبب البطلان والذى عول على قيام العقد فحسب، بل للغير حسنى النية الذين يجرون فى معاملتهم على أساس قيام هذا العقد. فلنفرض . مثلا، أن زيداً باع أرضه لبكر ، ثم جاء خالد ، مرتكناً إلى هذا البيع ومعتقداً صحته ، فاشترى الأرض بدوره من بكر ، وبعد ذلك أبطل البيع الأول ؛ فلو أننا أعملنا هنا منطق البطلان على إطلاقه ، لوجب القول بأن من شأنه انهيار البيع الحاصل لبكر بأثر يستند إلى الماضى ؛ فكأن بكراً لم يملك إذاً الأرض فى يوم من الأيام ؛ وكأنه حينما باعها لخالد ، باع له ملك الغير ؛ وبيع ملك الغير لا يسرى فى مواجهة المالك الحقيقى مالم يقره . وهكذا نصل هنا إلى أن ملكية الأرض تعود إلى زيد ، ويحرم خالد منها، لأنه البائع له (بكر) لم يستطع أن يملكه إياها ؛ فهو يعتبر أنه لم يملكها أبداً ؛ وفاقد الشيء لا يعطيه ، ومن لا يملك لا يستطيع أن يملك .

وواضح أن العدالة تقتضى هنا حماية الغير حسنى النية من نتائج بطلان العقود التى يكون من حقهم أن يعولوا على قيامها . بل إن الصالح العام نفسه يقتضى تلك الحماية ، لما فيها من رعاية للائتمان العام والاعتداد بالثقة المشروعة التى يركن الناس إليها . من أجل ذلك عمد قانوننا المصرى إلى توفير تلك الحماية ، وإن كان ذلك فى نواحى متفرقة وعلى درجات متفاوتة . وهى تقوم فى أساسها على فكرة أن البطلان لا يمنع من أن للعقد وجوداً مادياً قد يوهم بوجوده قانوناً . وهكذا يتولد مظهر يوهم بأن العقد صحيح . حقيقة أن هذا المظهر كاذب وخداع ، ولكن الناس قد يكونون معذورين إن اعتقدوا صحته ، إذا لم يكن ثمة خطأ ينسب إليهم ، ووجب ترتيب أمورهم كما لو كان العقد الذى توهموا صحته صحيحاً فى الحقيقة ، وذلك تشجيعاً للائتمان العام واحتراماً للثقة المشروعة . هكذا ولدت ، من قديم ، نظرية المظهر الخادع يحمى المخدوع ، أو كما يقال عادة ، وان كان بعبارة أقل دقة ، نظرية الغلط الشائع يولد الحق error communis facit jus ولم يغفل قانوننا فى سبيل حماية الغير حسنى النية من نتائج البطلان ، ألا إن يطبقها بصددهم، وإن كان ذلك فى حدود متفاوتة .

ويوجد ، لحماية الغير حسنى النية من نتائج بطلان العقود أو زوالها بأى طريق آخر ، كالفسخ والرجوع والإلغاء ، ثلاثة مظاهر أساسية ؛ هى الآتية :

٢٤٥ — أولا : حماية الدائنين والخلف الخاص من صورية العقد :

إذا أبرم عقد صورى ، كان لدائنى كل من طرفيه ولخلفه الخاص ، متى كانوا حسنى النية ، أى يجهلون الصورية ، أن يتمسكوا بالعقد الصورى أو العقد المستتر ، أيهما أوفق لمصلحتهم (المادة ٢٤٤) . فإذا صور شخصان ، خلاف الحقيقة ، وجود عقد بينهما ، كما إذا أبرما بيعاً صورياً صورية مطلقة ، فإنه لا يكون هناك فى واقع الأمر أى عقــد . ومع ذلك يجيز القانون لدائنى المشترى ولمن يكسب منه حقاً عينياً على الشىء محل التصرف الصورى ، إذا ما كانوا حسنى النية ، أن يعتبروا أن العقد الصورى هو عقد حقيقى ، وأن ترتب أمورهم على هذا الأساس[١] .

٢٤٦ — ثانياً : حماية حائز المنقول بحسن نية :

لو أن شخصاً تصرف لآخر فى منقول ، ثم بطل هذا التصرف ، فإن مؤدى منطق البطلان أن تنهار جميع التصرفات التى أجراها المتصرف إليه بدوره ، كما إذا كان قد باع المنقول لمشتر ثان ، أو رهنه له . ولكن القانون هنا يأتى فى عون المتصرف إليه الثانى ، إذا كان قد حاز المنقول الذى حصل التصرف له فيه بحسن نية ، مقرراً ثبوت الحق الذى كان من شأن سنده أن يرتبه له ، تطبيقاً لقاعدة أساسية عريقة ، وهى قاعدة الحيازة فى المنقول سند الحق [٢] .

٢٤٧ — ثالثاً : حماية المتصرف إليهم فى العقار :

لم ينل المتصرف إليهم فى العقار بوجه عام ، فى قانوننا المصرى ، حماية

---

(١) راجع فى ذلك : مؤلفنا ، دروس أحكام الالتزام ، نبذة ١٠٧ .

(٢) انظر فى قاعدة الحيازة فى المنقول سند الحق أو سند الحائز بالنسبة إلى المنقولات التى ترد عليها وشروط إعمالها وأثرها مؤلفنا :

Du R'ole de la possession en matière mobilière, Thèse Paris 1943.

قانونية فعالة من نتائج بطلان سندات مملكيهم أو زوال هذه السندات لأى سبب آخر ، إلا إبتداء من أول يناير سنة ١٩٤٧ . وهو تاريخ نفاذ قانون الشهر العقارى فى بلادنا . وقانوننا مع ذلك سباق . بالنسبة إلى أكثر القوانين الأجنبية ، فى إضفاء تلك الحماية .

فنى ظل قانوننا المدنى القديم ، لم تكن الحماية التى نحن بصددها مقررة إلا للدائنين المرتهنين حسنى النية . فقد جاء القانون المختلط بقاعدة مؤداها أنه إذا رهن شخص عقاره رهناً رسمياً ، ثم زالت ملكيته لبطلان سنده أو لفسخه أو لزواله بأى سبب آخر . فإن الرهن مع ذلك يبقى لصالح المرتهن ، إذا ما كان حسن النية ، أى يجهل ما يشوب سند الراهن من أسباب الزوال .

وقد استمد قانوننا المدنى الحالى مبدأ حماية الدائنين المرتهنين حسنى النية [١] من سلفة . وضمنه المادة ١٠٣٤ التى تقضى بأنه : « يبقى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذى تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأى سبب آخر . إذا كان هذا الدائن حسن النية فى الوقت الذى أبرم فيه الرهن » .

وقبل نفاذ قانوننا المدنى الحالى بما يقرب من ثلاث سنوات ، كان مبدأ حماية المتصرف إليهم فى العقار من زوال سندات السلف . قد اتسع وعم حتى شملهم جميعاً ، ما داموا حسنى النية ، دون تفريق بين مشتر أو مرتهن أو غيرهما . وذلك وفقا لما قضى به قانون الشهر العقارى الذى تنفذ ابتداء من أول يناير سنة ١٩٤٧ . فقد تضمن هذا القانون فى المادة ١٥ منه وجوب شهر الدعاوى التى تتضمن الطعن فى التصرفات العقارية . وجوداً أو صحة أو نفاذا ، كدعاوى البطلان أو الفسخ أو الإلغاء أو الرجوع . ثم جاء فى المادة ١٧ منه يقول : « يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة الخامسة عشرة أو التأشير بها أن حق المدعى إذا تقرر بحكم مؤشر به طبق القانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل تلك

(١) انظر فى حماية الدائنين المرتهنين حسنى النية ، مؤلفنا : التأمينات الشخصية والعينية ، نبذة ٢١٦ وما بعدها .

الدعاوى أو التأشير بها . ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن نية قبل التأشير أو التسجيل المشار إليهما » .

ومؤدى هذين النصين أنه إذا آلت ملكية عقار إلى شخص معين بعقد قابل للإبطال أو الفسخ أو الزوال لأى سبب آخر ، ثم تصرف فى العقار لشخص آخر حسن النية ، كأن باعه له أو رهنه ، وشهر الخلف سنده وفقا للقانون ، قبل أن تشهر دعوى إبطال أو فسخ أو إلغاء أو زوال سند السلف لأى سبب آخر ، فإن الحكم الصادر بزوال سند السلف لا يؤثر فى حق خلفه [١] . فلو أن (أ) باع عقاره ، مثلا ، لـ (ب) بعقد قابل للإبطال ، ثم جاء (ب) وباع العقار بدوره لـ (ج) الذى يجهل العيب الذى يشوب سند (ب) ، وبعد ذلك رفع (أ) دعوى الإبطال ، وقضى له به ، فإن هذا الإبطال لا يؤثر فى حق (ج) الذى يظل محتفظا بالملكية ، شريطة أن يكون قد سجل عقد شرائه قبل تسجيل دعوى الإبطال أو التأشير بها وفقا للقانون . أما لو كان التصرف الصادر لـ (ج) قد سجل فى تاريخ لاحق لشهر دعوى الإبطال المرفوعة من (أ) ، فإن هذا الإبطال يسرى فى حق (ج) ، حتى لو كان فى حقيقة الواقع يجهل العيب الذى شاب سند مملكه (ب) .

ولا جدال فى أن الحكم الذى تقضى به المادة ١٧ من قانون الشهر العقارى هو حكم خطير ، فهو يؤدى إلى حماية المتصرف إليهم فى العقار من نتائج بطلان سندات مملكيهم ، ما داموا حسنى النية [٢] ، بل من نتائج زوال هذه

(١) وقد جاءت الفقرة الثالثة من المادة ١٩٧ من المشروع التمهيدى تنص على مبدأ حماية المتصرف إليه فى العقار عند إبطال سند ملكية سلفه ، قائلة : « ٣ — على أن إبطال العقود الناقلة للملكية لا تضر بالغير حسن النية إذا ترتب له حق على عقار قبل تسجيل الإعلان بالبطلان » . وقد حذف هذا النص فى لجنة المراجعة ، بحجة أن حكمه وارد فى مكان آخر (راجع مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢٣٧) .

(٢) وقد يثور التساؤل حول ما إذا كانت الحماية التى تضفى على الغير حسنى النية تقع حتى فى حالة وقوع سند مملكه باطلا من الأصل ، أو أنها تقتصر على الحالة التى يقع فيها هذا السند قابلا للإبطال ثم يتقرر إبطاله . وليس هنا مجال الإفاضة فى هذا الموضوع ، وإن كنا أميل إلى الرأى الثانى .

السندات لأى سبب آخر غير الإبطال ، كالفسخ والرجوع والإلغاء[١] (قارن حكم المادة ٤٧٨ الواردة فى شأن بيع المريض مرض الموت) .

٢٤٨ — انتقاص العقد الذى يلحقه البطلان :

الأصل أن العقد يبرم ككل لا يتجزأ ، فإن لحقه البطلان أو الإبطال ، أهدر كله . ولكن قد يمكن ، فى بعض الأحيان ، تجزئة العقد ، إذا كان البطلان أو الإبطال لا يلحقه إلا بالنسبة لبعض أجزائه دون بعضها الآخر [٢] .

---

(١) فكرة حماية المتصرف إليه من زوال ملكية المتصرف ليست غريبة عن الفقه الإسلامى . بل لعل للفقه الإسلامى ، فى هذا المجال ، فضل السبق على القانون المعاصر بما يزيد كثيراً على ألف عام . فهذه الفكرة تأتى ، بادىء ذى بدء ، أثراً لما يطلق عليه « الملكية الخبيثة » أو « الملك الخبيث » عند الحنفيين . فالحنفيون ينفردون من بين فقهاء المسلمين بنظرية فساد العقد إلى جانب نظرية بطلانه . فالعقد عندهم يمر بالنسبة إلى ذات تكوينه ، بمرحلتين متميزتين ، هما مرحلة الانعقاد ومرحلة الصحة . فلابد للعقد بداية من أن ينعقد . فان لم ينعقد ، لأمر يمس « أصل العقد » ، وقع باطلا . وإذا انعقد ، بأن توافر له أصله ، وجب أن يكون صحيحاً باستحواذه على ما يسمى « وصف العقد » ، وإلا وقع فاسداً . والعقد الفاسد ، إذا كان من شأنه نقل الملك ، واقترن بالإقباض الاختيارى ، كما إذا سلم البائع فى بيع فاسد المبيع للمشترى باختياره ، فانه ينقل إلى المشترى ملكية خبيثة . وهى ملكية من نوع غريب . إذ هى تخول صاحبها التصرف فى الشيء ، دون الانتفاع به . وهكذا فإن تصرف المشترى فى الشيء الذى تملكه ملكية خبيثة ، بأن باعه بدوره ، مثلا ، ثبتت لهذا المشترى الثانى ملكية كاملة . واستحال على المالك الأصلى أن يفسخ العقد الفاسد الذى أبرمه مع المشترى الأول . وهكذا يقرر الفقه الحنفى حماية فعالة للمتصرف إليه ممن كان طرفاً فى عقد فاسد . بل إن الظاهر أن الحماية تشمل هنا المتصرف إليه حتى ولو لم يكن حسن النية ، أى حتى لو كان عالماً بسبب الفساد فى عقد سلفه . ولم يقف الأمر ، فى مجال حماية الغير من زوال العقد ، عند فكرة الملك الخبيث عند الحنفيين ، بل وجدنا اتجاهاً واضحاً عند بعض فقهاء المالكية ، لتعميم تلك الحماية على الغير الذين يتعاملون مع شخص فى شأن الشيء الذى يكون قد وصل إلى يده بمقتضى عقد باطل ، بالمعنى العام الشامل لاصطلاح البطلان . انظر فى ذلك : دردير الدسوقى ، الشرح الكبير ج ٣ ص ٧٠ وما بعدها — ابن رشد ، بداية المجتهد ج ٢ ص ١٩١ . وراجع فى تفصيل كل ما سبق ما سوف نذكره فى هذا الخصوص عند تناول نظرية البطلان فى الفقه الإسلامى .

(٢) انظر نقض ١٩٦٦/٦/١٤ طعن ٣١/٢٤٣ق مجموعة النقض س ١٧ ص ١٣٥٩ رقم ١٨٨ . وقد جاء فى هذا الحكم أن شرط تطبيق نظرية انتقاص العقد أو تحوله أن يكون العقد فى شق منه (الانتقاص) أو كله (التحول) باطلا أو قابلا للإبطال ، فلا محل لإعمالها إذا كان العقد معلقاً على شرط واقف لم يتحقق .

وهنا يقتصر بطلان أو إبطال العقد على ماتعيب فيه . دون مالم يتعيب . وهذه هي نظرية انتقاض العقد . وهي لاتعدو أن تكون مجرد إعمال لإرادة المتعاقدين. وقد تضمنتها المادة ١٤٣ مدنى بقولها : « إذا كان العقد فى شق منه باطلا أو قابلا للإبطال ، فهذا الشق وحده هو الذى يبطل ، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذى وقع باطلا أو قابلا للإبطال فيبطل العقد كله » .

ومثال الحالة التى نحن بصددها ، وهى تلك التى يمكن فيها انتقاص العقد ، أن يهب رجل إمرأته ماله . ويشترط عليها ألا تتزوج من بعده إذا مات . مدفوعاً فى ذلك بمحض الغيرة . فإذا أمكن هنا تجزئة العقد إلى شقين . يقوم أولهما على التبرع بالمال . ويقوم ثانيهما على التزام الزوجة بعدم التزوج ثانية إذا ماترملت ، صح الشق الأول . لعدم وجود مايعيب العقد بالنسبة إليه . وبطل الشق الثانى لمخالفة ماجاء فيه للنظام العام ، بسبب تقييده لحرية الزوجة . من غير مسوغ يجيزه القانون . أما إذا أثبت الزوج . أو خلفاؤه من بعده . أن العقد كله ما كان ليتم من غير الشق الأخير . بأن كان هذا الشق هو الباعث الدافع الذى حث الواهب على إجرائه . بطل كله . حيث يكون العقد هنا قد قام على سبب غير مشروع . ومثال إنقاص العقد أيضاً أن يشترى شخص بثمن إجمالى واحد عدداً من الساعات . معتقداً أنها من الذهب الخالص ، ثم يتضح له أنه قد وقع فى غلط جوهرى بالنسبة إلى بعض ما اشتراه ، لكونه من النحاس ، فإن أمكن هنا تجزئة العقد إلى شقين . يشمل أولهما بيع الساعات التى لم يقع المشترى فى الغلط بالنسبة إليها . ويشمل ثانيهما بيع تلك التى داخل المشترى الغلط فيها ، انتقص العقد إلى الشق الأول وحده الذى يظل صحيحاً ، واقتصر البطلان على الشق الثانى . وذلك مالم يثبت المشترى أنه ما كان ليبرم الصفقة من غير الساعات التى انصب غلطه عليها[1].

---

(١) ويلاحظ أن المشرع نفسه قد يأتى ، فى حالة خاصة ، بتطبيقات لنظرية إنقاص العقد . وأبرز مثال لذلك حالة الفائدة الإتفاقية . إذا ما زادت على الحد القانونى ، حيث تنتقص إلى هذا الحد (المادة ٢٢٧) . وهنا يعمل بالإنقاص فى حدود ما يقضى به المشرع ، دون ما ضرورة بعد ذلك للالتزام بما تتطلبه المادة ١٤٣ من شروط . وعلى ذلك فإنقاص الفائدة إلى الحد القانونى يكون فى جميع الأحوال ، حتى لو ثبت أن الدائن ما كان ليرتضى العقد بغير السعر الربوى =

والشرط الأساسى لإعمال انتقاص العقد ألا يكون متعارضاً مع قصد أى من العاقدين . بمعنى أنه إذا أثبت أيهما أنه ما كان ليرتضى العقد بغير الشق الباطل ، امتنع انتقاصه وبطل كله . فلا يكفى مجرد أن يكون محل العقد قابلا بطبيعته للانتقاص . إذا تعارض هذا مع قصد العاقدين [1] .

٢٤٩ — تحول العقد الباطل :

إذا لحق البطلان العقد . إما لأنه نشأ منذ البداية باطلا . وإما لأنه نشأ قابلا للإبطال ثم قضى بإبطاله . فإن ذلك يؤدى ، كما سبق أن بينا . إلى انهيار العقد بأثر يستند إلى وقت إبرامه . ولكن انهيار العقد . الذى يترتب نتيجة بطلانه . لا ينصب عليه إلا باعتباره تصرفاً قانونياً . فالبطلان لا يمس العقد باعتباره واقعة مادية تمت فى حقيقة الأمر والواقع . وقد تتضمن هذه الواقعة المادية عناصر عقد آخر غير ذلك الذى لحقه البطلان . وهنا يقوم هذا العقد الآخر على أنقاض العقد الباطل . أو أن العقد الباطل يتحول . كما يقول الفقه السائد . إلى العقد الصحيح . وهذه هى نظرية تحول العقد .

ونظرية تحول العقد conversion de contrat نظرية ألمانية النشأة . فقد أخذ بها القانون الألمانى فى المادة ١٤٠ . وقد أخذ بها القضاء الفرنسى وقضاؤنا المصرى ، تحت ظل قانوننا القديم . من غير نص صريح فى القانون يقضى بها . اعتباراً بأن القواعد القانونية العامة تؤدى إلى تطبيقها . وقد تضمنها قانوننا المصرى الحالى صراحة فى المادة ١/١٤٤ بقوله : « إذا كان العقد باطلا أو قابلا للإبطال وتوافرت فيه أركان عقد آخر . فإن العقد يكون

= الذى تضمنه . ويسرى نفس الحكم بالنسبة إلى أجرة الأماكن والأراضى الزراعية إذا زادت على الحد القانونى . كما أنه يلاحظ أن طبيعة الأمور ذاتها قد تفرض ، فى حالة معينة ، إعمال نظرية إنقاص العقد على نحو يتغاير مع ما تقضى به المادة ١٤٣ . وهذا هو الشأن على وجه الخصوص عندما يتضمن عقد العمل شرطاً يتخالف مع القانون . حيث يبطل هذا الشرط ، دون أن يكون لرب العمل أن يحاج بأنه لولاه لما ارتضى العقد برمته .

(١) انظر : نقض ١٩٧٣/٤/٢١ طعن ٣٧/١١ق مجموعة النقض س ٢٤ ص ٦٤٩ رقم ١١٥ — نقض ١٩٦٨/٥/١٦ طعن ٣٤/٤٠٤ق مجموعة النقض س ١٩ ص ٩٥٤ .

صحيحاً باعتباره العقد الذى توافرت أركانه . إذا تبين أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى إبرام هذا العقد » .

ومن أمثلة نظرية تحول العقد أو تحول التصرف بوجه عام . اعتبار الكمبيالة ، التى لا تستوفى ما ينبغى لها من الشروط الشكلية . سنداً لأمر . وتحول تظهير الكمبيالة لأمر . الذى يقع باطلا لنقص البيانات الواجبة فيه . إلى توكيل بقبض قيمتها ، وتحول القسمة التى ترد على الملكية والتى يقضى بإبطالها بسبب نقص أهلية أحد المتقاسمين . إلى قسمة مهايأة . أى قسمة انتفاع ، إذا كان هذا المتقاسم مأذوناً فى الإدارة .

والمشرع إذ يقضى . على غرار القانون المدنى الألمانى (١) . وما حذا حذوه من القوانين الأخرى . بتحول العقد . يستهدف إنقاذ ما يمكن إنقاذه مما أراده العاقدان تنظيما لشأنهما . فإن بطل العقد الذى قصداه فى الحقيقة . فلا أقل من أن يقوم مكانه العقد الذى يحتمل أنهما كانا ينصرفان بإرادتهما إليه ، لو علما بالبطلان . شريطة أن يكون من المقدور أن يستخلص . من أنقاض العقد الباطل ، أركان العقد الصحيح الذى يصير التحول إليه .

٢٥٠ — شروط إعمال نظرية تحول العقد :

للأخذ بتحول العقد الباطل إلى عقد صحيح . يلزم توافر الشروط الثلاثة الآتية :

١ — بطلان العقد الأصلى : فإن كان العقد الأصلى صحيحاً . ما ساغ بغير الإرادة المشتركة لعاقديه كليهما . التحول عنه إلى غيره . حتى إذا ثبت أنهما كانا يفضلانه عليه . لو وضح لهما الأمر . فإذا رهن . مثلا . شخص لآخر أرضه رهنا حيازيا صحيحاً . لجهلهما بنظام الرهن الرسمى . ما ساغ بغير إرادة الطرفين كليهما ، التحول عن الرهن الحيازى إلى الرهن

---

(١) تقضى المادة ١٤٠ من القانون الألمانى بأنه : « إذا تمشى التصرف الباطل مع تطلبات تصرف قانونى آخر ، اعتد بهذا التصرف الأخير ، إذا كان من الممكن القول بأن المتعاقدين كانا يرتضيانه ، لو علما ببطلان التصرف الأول » .

الرسمى ، حتى إذا ثبت أنهما لو علما بالعقد الثانى . لأبرماه دون الأول .
وإذا لزم . للأخذ بفكرة التحول . بطلان العقد الأصلى ، فإنه لا يهم بعد ذلك أن ينشأ هذا العقد باطلا من الأصل . أو أن ينشأ قابلا للإبطال ثم يقضى بإبطاله [١] .

٢ — تضمن العقد الباطل أركان العقد الذى يصير التحول إليه : فيلزم أن يكون فى الإمكان تلمس أركان العقد الذى يصير التحول إليه فى الواقعة المادية التى تخلفت عن العقد الباطل . فالتحول لا يقوم على استيفاء أركان العقد الجديد من خارج نطاق العقد الباطل [٢] . فلو أن شخصاً ، مثلا : باع داراً سبق لها أن تهدمت . ووقع البيع لذلك باطلا . ماساغ تحول العقد إلى دار أخرى يملكها البائع . حتى لو دلت الظروف على أن البيع كان ليرد عليها . لو تبين المتعاقدان حقيقة هلاك الدار التى وقع عليها البيع الباطل .

٣ — احتمال انصراف نية المتعاقدين إلى العقد الجديد : ويلزم . فى النهاية .

---

(١) انظر : نقض ١٩٦٦/٦/١٤ طعن ٣١/٢٤٣ق مجموعة النقض س ١٧ ص ١٣٥٩ رقم ١٨٨ . وقد جاء فى هذا الحكم أن شرط إعمال نظرية تحول العقد أن يكون العقد كله باطلا أو قابلا للإبطال . وخلص من ذلك إلى عدم إمكان إعمالها فى حالة العقد المعلق على شرط واقف لم يتحقق . وهذا النظر من الحكم يبدو غير سليم فليس يوجد ثمة ما يمنع من إعمال نظريتنا فى حالة عدم تحقق الشرط الواقف الذى علق العقد عليه ، إذا تضمن ، كواقعة مادية ، أركان العقد الذى يراد أن يصير التحول إليه ، واتضح أنه كان من المحتمل أن تنصرف إلى هذا العقد إرادة الطرفين لوتبينا أن الشرط الواقف مصيره الحتمى إلى عدم التحقق .

(٢) انظر : نقض ١٩٧٠/١/٢٩ طعن ٣٥/٤٦٤ق مجموعة النقض س ٢١ ص ٢١٣ رقم ٣٤ . وقد قضى هذا الحكم بعدم إعمال نظرية التحول فى قضية أبرم فيها عقد لتوزيع مطبوعات هيئة الإذاعة . وتوقع عليه ممن لا يملكون الصفة فى تمثيلها ، وقضى ببطلانه على هذا الأساس (الصواب هو عدم نفاذ التصرف فى حق هيئة الإذاعة وليس بطلانه) . وقد جاء فى حكم النقض . تبريراً لرفضها الأخذ بتحول العقد : « فإن القول بإمكان تحول عقد لم ينشأ يكون على غير أساس». وهذا النظر من الحكم ليس مقنعاً فى ذاته . لأن مؤدى بطلان العقد — وهو شرط إعمال التحول — هو اعتبار أنه لم ينشأ أصلا . ولكن ليس معنى ذلك أن التحول كان يمكن له أن يكون فى واقعات الدعوى التى صدر فيها الحكم . فهو مستحيل . ذلك لأن هيئة الإذاعة لم تكن ممثلة تمثيلا قانونياً ، والإتيان بمن يعبر قانوناً عن إرادتها . هو إتيان بعنصر خارجى عن الواقعة المادية المتمخضة عن بطلان العقد ، وبالأحرى عن عدم نفاذه .

أن تدل الظروف على أن المتعاقدين كانا ليرتضيان العقد الجديد ، لو أنهما تبينا بطلان العقد الأصلى . فالإرادة الحقيقية لم تنصرف ، فى واقع الأمر ، إلا إلى العقد الباطل . ولكن القاضى يستخلص من ظروف الحال أن المتعاقدين كانا يرتضيان العقد الجديد ، لو أنهما تبينا العيب الذى شاب العقد الأصلى ، وأدى إلى بطلانه (١) . صحيح أن القاضى لا يستطيع هنا أن يقطع بأن المتعاقدين كانا يرتضيان العقد الجديد ، إذا كانا قد علما ببطلان العقد الأصلى. ولكن يكفى هنا مجرد احتمال هذا الرضاء . وهكذا فالعقد الجديد يقوم ، لا على أساس الإرادة الحقيقية لطرفيه ، أى الإرادة التى قصداها فى الحقيقة وواقع الأمر ، ولكن على أساس الإرادة الاحتمالية ، أى تلك التى يرى القاضى أن الظروف تدل على أنه كان من المحتمل أن تكون . وقاضى الموضوع هو الذى يستخلص هذه الإرادة الاحتمالية(٢) ، دون معقب عليه فى ذلك من محكمة التمييز ، طالما جاء استخلاصه سائغاً ، لأن الأمر يتعلق بالواقع .

٢٥١ — الخطأ عند تكوين العقد الباطل :

فى كثير من الأحيان ، يعول الشخص على عقد يبرمه ، ويرتب أمورد على أساس قيامه ، ثم يفاجأ ببطلان هذا العقد ، دون أن يقوم به سببه ، ودون

---

(١) ويلاحظ أن للقاضى هنا دوراً إيجابياً نشطاً فى قيام العقد ، وإن لم يكن دوره هنا قائماً على التحكم . وإذا كان دور القاضى ، فى مجال تحول العقد الباطل ، لا يتفق تماماً مع أصيل وظيفته فى صدد العقد ، حيث تقتصر على النظر فى قيامه ثم تفسيره وإعمال حكمه ، فإن المصلحة تقتضيه . ثم إن ذلك ليس المظهر الوحيد للتوسع فى سلطة القاضى فى خصوص العقد . فقد شاء الفكر القانونى المعاصر ، تمشياً مع ما تقتضيه مصلحة الناس ، أن يصل بوظيفة القاضى فى بعض الأحيان ، إلى تعديل آثار العقد ، كما هو الحال فى نظرية الظروف الطارئة ، بل إلى حد إهدار ما يراه تعسفياً من شروطه ، كما هو الشأن فى عقود الإذعان .

(٢) انظر : نقض ٢٨/١١/١٩٦٨ طعن ٤٠٧/٣٤ق مجموعة النقض س ١٩ ص ١٤٢٠ رقم ٢١٦ . وقد جاء فى هذا الحكم أن شرط تحول العقد الباطل إلى عقد آخر صحيح أن تتوافر فيه أركان هذا العقد الأخير ، « وأن يقوم الدليل على أن نية المتعاقدين كانت تنصرف إلى الارتباط بالعقد الجديد لو تبينا ما بالعقد الأصلى من أسباب البطلان » . وخلص الحكم إلى عدم تحول عقد باطل على تحكيم شخص معين إلى عقداً آخر صحيح يلتزم فيه الطرفان بتقرير أجراء الحكم ، ولكن بغير سماع دفاع الخصوم . وهذا من الحكم قضاء سليم .

أن ينسب إليه الخطأ في ارتضائه العقد مع العيب الذى شابه . ومثال ذلك أن يلجأ ناقص الأهلية إلى طرق تدليسية [1] تفلح فى أن توهم المتعاقد معه باكتمال أهليته . ثم يتقرر إبطال العقد . ومثال ذلك أيضاً أن يبيع شخص ملك الغير . ثم يضطر المشترى إلى طلب إبطال البيع بعد أن يتبين حقيقة الأمر التى كان يجهلها . ومثال حالتنا كذلك أن يريد تاجر بيع سلعته بجنيهين ، فيخطىء التعبير عن تلك الإرادة . معلقاً على السلعة بطاقة تفيد أن ثمنها جنيه واحد . فيأتى شخص ويرتضى شراءها بهذا السعر الأخير . معولا عليه ، ثم يفاجأ بأن البيع لم يقع . ومثال الحالة التى نحن بصددها فى النهاية ، أن يريد شخص حجز غرفة فى فندق ليوم معلوم ، ثم يرتكب ، عند إخطار الفندق برغبته . خطأ مادياً فى تحديد هذا اليوم . فى هذه الحالات ومثيلاتها . هل يسوغ للمتعاقد الذى يضار من البطلان حالة . كونه لم يقع به سببه ولاينسب إليه خطأ فى ارتضائه العقد المشاب به ، أن يطالب الطرف الآخر بتعويض هذا الضرر ؟ وإن كان له ذلك فعلى أى أساس ؟

قال Ihering فى هذا الصدد بنظرية شهيرة . أطلق عليها نظرية الخطأ عند تكوين العقده culpa in contrahendo . ومؤدى هذه النظرية أن العقد لايرتب الالتزامات التى تتولد عنه عادة فحسب . بل هو يرتب أيضاً على كل من طرفيه التزاماً بتعويض الآخر عن الضرر الذى ينجم له من جراء البطلان الذى قد يجىء بسبب يعزى إليه . وأن بطلان العقد . وإن كان من شأنه أن يهدره بالنسبة للالتزامات الأولى . فهو لايمسه بالنسبة إلى الالتزام الأخير . وهكذا يصل Ihering إلى أن المتعاقد الذى قام به سبب البطلان يلتزم بتعويض الطرف الآخر عن الضرر الذى ناله من جراء عدم قيام الصفقة ، وذلك بناء على مسئوليته العقدية التى تستمد أساسها من العقد الباطل ذاته . وقد وجدت هذه النظرية صـــدى خفيفاً فى فرنسا . حيث رأى العلامة Saleilles إعمالها مع شىء من التحوير فى أساسها ، يتركز فى إرجاع

(١) والالتجاء إلى الطرق التدليسية لازم لمسئولية ناقص الأهلية . فلا يكفى منه مجرد الادعاء بكمال الأهلية لديه . انظر فى ذلك : نقض ١٩٧٠/٣/٣ ، مجموعة النقض س ٢١ ص ٣٩٦ .

المسئولية العقدية عن التعويض الناتج من البطلان . إلى عقد ضمنى يقوم فى نفس الوقت إلى جانب العقد الذى يتقرر إبطاله . دون أن يمسه هو الإبطال . ومؤداه التزام كل متعاقد بضمان صحة العقد الذى تقرر إبطاله (١) .

ولم يكتب النجاح لنظرية Ihering . لا فى ثوبها الأصيل . ولابعد التعديل الذى أجراه عليها Saleilles ؛ حتى أن القانون الألمانى نفسه لم يأخذ بهذه النظرية إلا فى تطبيقات يسيرة متفرقة .

وقد تضمنت المادة ٢٠٤ من المشروع التمهيدى لقانوننا مايفيد إعمال نظرية الخطأ عند تكوين العقد عندنا (٢) . وقد حذفت هذه المادة ، فلم تأت فى القانون . وقد جاء . تبريراً لهذا الحذف . إن النظرية السابقة « نظرية ألمانية دقيقة يحسن عدم الأخذ بها ... » .

وليس هناك من شك فى أنه لايسوغ فى قانوننا إعمال نظرية الخطأ عند تكوين العقد . كما قال بها Ihering أو كما عدل فيها Saleilles . فهذه النظرية لاتتفق من ناحية . مع القواعد القانونية العامة . وهى من ناحية أخرى غير مفيدة . وفقهاؤنا مجمعون على ذلك .

وإذا استبعدنا . من نطاق قانوننا . إعمال نظرية الخطأ عند تكوين العقد التى تقوم على المسئولية العقدية . فليس معنى ذلك أن المتعاقد الذى يعزى

---

(١) وتفصيل فكرة Saleilles أن المتعاقدين حينما يرتضيان العقد الذى يبرمانه . يتفقان ضمنياً على عقد آخر ، مؤداه التزام كل منهما بضمان صحة العقد الأول . فإذا أبطل هذا العقد نتيجة خطأ أحد المتعاقدين أعمل الالتزام المترتب عليه من العقد الذى استهدف به ضمان صحته . ولم تلق هذه الفكرة نجاحاً يذكر . إذ أن القول بوجود فكرة العقد الثانى يكذبه الواقع ؛ حيث إنه يغلب فى العمل ألا يفكر المتعاقدان أصلا فى النتائج المترتبة على احتمال بطلان العقد الذى يبرمانه ، ولا فى طريقة تفاديها . ثم مع افتراض وجود هذا العقد ، فإن سبب بطلان العقد الأصلى يمسه بدوره، فى الكثير من الأحيان ، لاسيما إذا بنى البطلان على عدم توافر الأهلية .

(٢) وقد جاءت هذه المادة تقول : « ١ — إذا كان العقد باطلا أو قابلا للبطلان ؛ فعلى الطرف الذى يتمسك بالبطلان أن يعوض الطرف الآخر عن الضرر الذى لحقه بسبب اعتقاده صحة العقد ، دون أن تتجاوز قيمة التعويض قدر المنفعة التى كانت تعود عليه لو كان العقد صحيحاً . ٢ — على أنه لا محل للتعويض إذا كان من أصابه الضرر من بطلان العقد له يد فى وقوع هذا البطلان ، أو كان يعلم بسببه أو ينبغى أن يعلم به » .

إليه خطأ فى وقوع البطلان يكون دائماً بمنأى عن المسئولية . فهذه المسئولية قد تلحقه . لا على أساس العقد ، وإنما على أساس العمل غير المشروع الذى ارتكبه . وهكذا نصل إلى أن المسئولية هنا تقصيرية وليست عقدية . فكلما أمكن أن يعزى سبب البطلان إلى خطأ أحد المتعاقدين ، كان للمتعاقد الآخر أن يطالبه بالتعويض الذى ناله بسبب عدم قيام العقد . بشرط أن يكون من شأن الظروف الملابسة أن تسوغ له الاعتقاد فى صحته .

وقد طبق المشرع نفسه هذه الفكرة فى حالة التجاء القاصر إلى طرق احتيالية لإخفاء نقص أهليته . فهو إن منحه هنا حق طلب إبطال العقد . فقد ألزمه بتعويض الضرر الناشىء من فعله الخاطىء (المادة ١١٩) ، وفقاً لما سبق لنا بيانه فى حينه . وقد طبق المشرع هذه الفكرة أيضاً فى بيع ملك الغير . حيث قضى فى المادة ٤٦٨ بأنه : « إذا حكم للمشترى بإبطال البيع وكان يجهل أن المبيع غير مملوك للبائع . فله أن يطالب بتعويض ولو كان البائع حسن النية » . فالقانون يفترض فيمن يبيع ملك غيره الخطأ . حتى لو كان معتقداً أنه يبيع ملكه . ويخول بالتالى للمشترى منه ، إذا ما حرم من الصفقة ، المطالبة بالتعويض عن الضرر الذى ناله بسبب ذلك . بشرط أن يكون غير عالم بأنه يشترى ملك الغير (١) .

وإلى جانب هذين التطبيقين التشريعيين . تعمل المسئولية التقصيرية . فى كل حالة أخرى . إذا ما توافرت فيها شروطها . فمن يخطىء . مثلا . فيضع بطاقة على سلعته تفيد أنه يعرض بيعها بسعر معين يخالف ذلك الذى قصده فى الحقيقة ، يلتزم بتعويض الضرر الناجم لمن عول على شرائها بالسعر المعروض . كما إذا كان قد فوت على نفسه بسببه صفقة أخرى رابحة (٢) .

---

(١) وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى أن ثبوت التعويض لمن يشترى ملك الغير نتيجة بطلان البيع هو « تطبيق تشريعى لقاعدة الخطأ عند تكوين العقد (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ١٩٣) » .

(٢) أنظر ما سبق ، نبذة ٥٤ .

ومن يخطىء فى إخطار صاحب الفندق باليوم الذى قصد فيه حجز إحدى غرفه يلتزم بتعويضه عن الضرر الذى ناله من جراء تعويله على قيام العقد .

المبحث الرابع

نظرية البطـــلان فى الفقه الإسلامى

٢٥٢ — نظرية البطلان . فى الفقه الإسلامى الحنفى ، أكثر شمولا وأوسع مدى منها فى القانون المعاصر . بل وفى المذاهب الإسلامية الأخرى . ويرتد اتساعها فيه إلى نواح ثلاث . تتعلق أولاها بقيام العقد، وثانيتها بنفاذ العقد ، وثالثتها بلزوم العقد . ونتناول هذه النواحى الثلاث واحدة تلو الأخرى .

٢٥٣ — (أ) بالنسبة إلى قيام العقـــد :

لتكوين العقد تكويناً كاملا . يتطلب الفقه الحنفى ، كأصل عام . المرور بمرحلتين : مرحلة الانعقاد . ومرحلة الصحة .

فلا بد للعقد ، بادىء ذى بدء . من أن ينعقد ، فإن لم ينعقد . وقع باطلا . وإذا انعقد . واجه المرحلة الثانية . وهى مرحلة الصحة ؛ فإن اجتازها ، فهو عقد منعقد وصحيح ؛ وإن لم يجتزها . فهو عقد منعقد . ولكنه فاسد .

وهكذا يجعل الفقه الحنفى عدم سلامة العقد . المتعلقة بذات قيامه وتكوينه تتراوح بين مرتبتين : هما البطلان والفساد .

أما المذاهب الإسلامية الأخرى . فهى لا تجعل . بالنسبة إلى ذات قيام العقد ، ثمة تفاوتاً فى عدم سلامته . فالعقد عندها إما منعقد . وإما باطل . ولا شيء أكثر من هذا . حتى أن اصطلاح العقد الباطل واصطلاح العقد الفاسد يقعان فيها مترادفين [1] .

---

(١) وجاء فى البدائع (انظر البدائع حـ ٥ ص ٢٩٩) تأييداً لذلك : « وقال الشافعى ، رحمه الله ، لا حكم للبيع الفاسد . فالبيع عنده قسمان : جائز وباطل لا ثالث لهما . والفاسد والباطل سواء ... » . انظر أيضاً : *التلويح* (حـ ٢ ص ١٢٣) ، حيث جاء فيه : « وعند الشافعى رحمه الله تعالى الباطل والفاسد اسمان مترادفان لما ليس بصحيح » . انظر كذلك فتح القدير ، حـ ٥ ص ٢٢٧ وما بعدها .

٢٥٤ — أولا : العقد الباطل : العقد الباطل ، فى الفقه الحنفى ، هو ذاك الذى لاتتوافر له مقومات انعقاده . وهذه المقومات يجمعها ما يسمى : « أصل العقد» . فكل مايخل بأصل العقد يؤدى إلى بطلانه . وهذا ما أرادت المادة ١١٠ من المجلة أن تعبر عنه ، بصدد البيع ، فجاءت تقول : « البيع الباطل ما لايصلح أصلا . يعنى أنه لايكون مشروعاً أصلا » .

ويمكن رد « أصل العقد » ، الذى يسبب الإخلال به البطلان ، إلى التراضى ، وإلى المعقود عليه ، أو المحل كما نقول فى فقه القانون المعاصر . ويدخل فى التراضى : (١) توافق الإيجاب والقبول . (٢) اتحاد مجلس العقد . (٣) توافر العقل ، أى التمييز ، فى كل من العاقدين . أما المحل أو المعقود عليه ، فيجمع بين : (١) وجود المال (٢) أن يكون مقدور التسليم . (٣) أن يكون مالا متقوماً .

والعقد الباطل ، فى الفقه الإسلامى يأخذ نفس حكم العقد الباطل فى القانون المعاصر ، فهو والعدم سواء . ومن ثم فهو لاينتج أثراً ما [١] ، باعتباره تصرفاً قانونياً [٢] . ولا يتصحح بالإجازة . ويجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك ببطلانه . وللقاضى ، بل يجب عليه ، أن يقضى ببطلانه ، ولو من تلقاء نفسه .

(١) وتطبيقاً لذلك ، جاءت المادة ٣٧٠ من « المجلة » ، فى صدد البيع ، تقول : « البيع الباطل لا يفيد الحكم أصلا . فاذا قبض المشترى المبيع باذن البائع فى البيع الباطل ، كان المبيع أمانة عند المشترى . فلو هلك بلا تعد ، لا يضمنه » .

(٢) ولكن انعدام العقد الباطل ، باعتباره تصرفاً قانونياً ، لا يمنع من أن له من العقد صورته . ولهذا فقد يترتب على تنفيذه بعض الآثار القانونية ، ليس باعتباره تصرفاً قانونياً ، ولكن باعتباره مجرد واقعة مادية . فالزواج الباطل ، بعد الدخول ، يترتب عليه درء الحد وثبوت النسب ، واستحقاق المهر ، ووجوب العدة . وقد اختلف ، فى صدد البيع الباطل الذى يعقبه تسليم المبيع إلى المشترى ، وهلاكه بين يديه لسبب أجنبى عنه لا يد له فيه ، هل تقع تبعة الهلاك على المشترى أم على البائع . وانقسم فقهاء الحنفية فى ذلك مذهبين . ففريق منهم يرى فى البيع الباطل المقترن بالتسليم واقعة مادية مؤداها تسليم الشىء للمشترى لتحقيق منفعة له ، فتكون يد هذا عليه يد ضمان . فان هلك ، تحمل تبعة هلاكه . والفريق الثانى لا يقيم للبيع الباطل أى اعتبار . ويرى أن يد المشترى على المبيع هى يد أمانة . فان هلك ، بدون تعد منه ، ما لزمه ضمانه ، وتحمل البائع دونه تبعة هلاكه . وقد جاءت المجلة تأخذ بهذا الرأى الأخير ، وذلك فى المادة ٣٧٠ منها .

٢٥٥ — ثانياً : العقد الفاسد : الفساد فى الفقه الحنفى مرتبة فى عدم سلامة تكوين العقد . تجىء بعد البطلان . أما المذاهب الإسلامية الأخرى . فهى لاتفرق بين بطلان العقد وفساده . كما بينا . وهكذا فنظرية الفساد نظرية حنفية محضة .

بل إن الفقه الحنفى لم يقل بنظرية الفساد على وجه الإطلاق والشمول . فهو لم يطلق تطبيقها على كل التصرفات القانونية ، وإنما قصرها على بعضها دون البعض الآخر . فيخرج من نطاق هذه النظرية التصرفات القانونية التالية :

١ — التصرفات الصادرة من جانب واحد . أى تلك التى لاتعتبر عقوداً . بالمفهوم المعاصر . كالطلاق والوقف والعتق . والإبراء من الدين والكفالة [١] .

٢ — العقود غير المالية . كالزواج [٢] والتحكيم .

٣ — العقود التى لاتنقل الملكية والتى لاترتب الالتزامات إلا فى جانب واحد كالوديعة والعارية بغير أجر .

وإذا خرجت تلك التصرفات من نطاق دائرة نظرية الفساد . بقيت هذه الدائرة مقصورة على العقود الناقلة للملك كالبيع والشركة والقسمة والصلح .

---

(١) الكفالة ، فى الفقه الإسلامى ، وبخلاف القانون المعاصر ، لا تعتبر عقداً . بل هى تصرف من جانب واحد . فهى كما تقول المادة ١٦٢ من المجلة : « تنعقد وتنفذ بايجاب الكفيل وحده » .

(٢) ويلاحظ أن فقهاء المسلمين يميزون مع ذلك بين الزواج الباطل والزواج الفاسد . ولكن معيار التمييز هنا لا يقوم على الانعقاد وعدمه . كما هو الشأن فى التمييز بين الباطل والفاسد بوجه عام . فكلا الزواج الباطل والفاسد غير منعقد . ولكن التمييز بينهما يقوم على وجود شبهة استحلال المتعة من عدمها . فالزواج الفاسد هو الذى من شأنه أن توجد فيه شبهة استحلال المتعة ، كالزواج بلا شهود ، وزواج المعتدة قبل إنقضاء عدتها . والزواج الفاسد ، لكون شبهة استحلال المتعة تقوم فيه ، يرتب ، إذا ما اقترن بالدخول ، بعض الآثار . فيثبت به النسب ، ويستحق المهر ، وتجب العدة ويرتفع الحد .

أما الزواج الباطل ، فيقصد به ذلك الذى يكون فيه سبب التحريم من القوة والظهور بحيث لا تقوم فيه شبهة استحلال المتعة ، كزواج المحارم . وهو يقع بمثابة « الزنى » فلا يثبت به نسب ، ولا يستحق مهر ، ولا يرتفع معه الحد فى الراجح من الآراء .

وغيرها من العقود الملزمة للجانبين كالإيجار . أما التصرفات المستبعدة . فلا يتراوح عدم سلامتها إلا بين الصحة والبطلان . فهى إما صحيحة . وإما باطلة .

والعقد الفاسد بخلاف العقد الباطل . يستجمع شروط انعقاده . أى يتوافر فيه ركن العقد وشرائط هذا الركن . أو هو ، بعبارة الفقه الحنفى . يستحوز على كل ما يدخل فى « أصل العقد » . ولكن العقد الفاسد ينقصه . لكى يكون عقداً صحيحاً . صفة من الصفات أو وصفاً من الأوصاف . التى يستلزمها القانون فى الأمور التى تدخل فى « أصل العقد » والتى ترتد ، كما سبق لنا أن بينا . إلى التراضى والمعقود عليه . وهكذا فالبطلان جزاء لاختلال « أصل العقد » . أما الفساد . فهو جزاء لاختلال « وصف العقد » . وبعبارة الفقهاء أنفسهم . العقد الباطل هو ما لايكون مشروعاً بأصله ووصفه . أما العقد الفاسد فهو ماكان مشروعاً بأصله ، دون وصفه . وقد جاءت « المجلة » متمشية مع هذه الفكرة فى تعريف البيع الفاسد . حيث قضت . فى المادة ١٠٩ بأنه : « البيع الفاسد هو المشروع أصلا لا وصفاً . يعنى أنه يكون صحيحاً باعتبار ذاته . فاسداً باعتبار بعض أوصافه الخارجية » .

والأوصاف التى يتطلب الفقه الحنفى توافرها فيما يدخل فى « أصل العقد » والتى تكون مايسمى فيه : « وصف العقد » . والتى من شأن تخلف أحدها أن يسبب فساد العقد ، هذه الأوصاف . يمكن ردها إلى ستة : أولها يتعلق بالتراضى . وهو وجوب خلوه من الإكراه . والأوصاف الباقية تتعلق بالمحل أو المعقود عليه . وهى الخلو من الجهالة الفاحشة والغرر والضرر والربا والشرط الفاسد . وهكذا نرى أن الإكراه [١] . والجهالة الفاحشة

---

(١) الاكراه سبب للفساد فى الرأى الراجح فى الفقه الحنفى . وهو ما يقول به الامام وصاحباه . اما زفر ، فيرى فى الاكراه سبباً لاعتبار العقد موقوفاً على اجازة المكره ، وليس فاسداً . أما « المجلة » فلم تصرح ، فى باب الاكراه ، بأثره على العقد مكتفية بالقول بأن العقد يقع « غير معتبر » (المادة ١٠٠٦) . وإن كنا قد فسرنا ذلك على أنه يعنى فساد العقد (انظر مؤلفنا : مصادر الالتزام فى قانون التجارة الكويتى نبذة ١١٧). وهذا هو بالفعل ما صرحت به «المجلة» بصدد الايجار ، حيث جاءت المادة ٤٤٨ تقول بأنه يشترط لصحة الاجارة «رضا العاقدين» . والمقصود بالرضا هنا هو المعنى الخاص فى الفقه الإسلامى ، أى ارتياح العاقد إلى ما أراده ، نتيجة صدور ارادته عن طواعيه واختيار ، وليس عن قسر واكراه .

والغرر [١] ، والربا ، والشرط الفاسد ، تنهض فى الفقه الحنفى ، أسباباً لفساد العقد ، فى حين أنها ، بوجه عام ، تنهض أسباباً للبطلان ، فى المذاهب الإسلامية الأخرى .

٢٥٦ — أثر العقد الفاسد : وإذا فرغنا من الحالات التى يقع فيها العقد فاسداً فى الفقه الحنفى ، لنحدد حكمه فيها ، وجدنا هذا الحكم ، فى العقود التى تقتضى تسليم المعقود عليه كالبيع ، يختلف باختلاف ما إذا كان هذا التسليم ، أو القبض كما يسمى فى الفقه الإسلامى ، قد تم ، أو لم يتم .

٢٥٧ — أثر العقد الفاسد قبل القبض : العقد الفاسد ، قبل القبض ، لاينتج أى أثر على الإطلاق . فبرغم أنه منعقد ، وله بالتالى وجود قانونى ، إلا أن وجوده هذا يبلغ من الضعف حداً بحيث إنه ، بذاته وبمجرده ، وقبل أن يدعم بالقبض ، لاينتج أى أثر ، ويكون بمثابة العدم ، شأنه فى هذا شأن العقد الباطل تماماً . فالبيع الفاسد ، مثلا ، قبل تسليم المبيع إلى المشترى ، لايترتب عنه أى التزام لا على البائع ، ولا على المشترى ، ويجوز لكل من منهما التمسك بفسخ [٢] العقد [٣] ، إن صراحة وإن دلالة ، وللقاضى ،

---

(١) والغرر المفسد للعقد هو ذاك الذى يتعلق بوصف فى الشىء أو فى مقداره ، كما إذا باع شخص بقرة على أنها حامل (فهنا يوجد غرر فى الوصف ، إذ قد لا تكون البقرة حملا) ، أو على أنها تدر كذا رطلا من اللبن (فهنا غرر فى المقدار ، إذ قد لا تدر البقرة كل القدر المحدد) . أما الغرر فى أصل وجود المعقود عليه فيؤدى إلى بطلان العقد كلية . إذ التعاقد يعتبر هنا وارداً على معدوم . والعقد الذى يرد على المعدوم باطل . ومثال هذه الحالة أن يبيع شخص الفرس الذى فى بطن أمه ، أو أن يبيع الصائد ضربة شبكته ، أى ما عساه أن يصطاده بها ، أو أن يبيع الغائص ثمرة غوصته .

(٢) يستعمل الفقهاء هنا اصطلاح « فسخ العقد » للدلالة على إزالة العقد الفاسد . وهو استعمال لا يتمشى مع مدلول الفسخ فى لغة القانون المعاصر ، الذى يعنى حل الرابطة فى العقد الصحيح . ويبدو أن فقهاء الحنفية يستعملون هنا اصطلاح الفسخ نتيجة تأثرهم بفكرة أن العقد الفاسد هو عقد منعقد ، أى أن له وجود قانونى . وبهذه المثابة يكون لاصطلاح « الفسخ » هنا مدلول يقارب مدلول اصطلاح « الإبطال » فى قانوننا المعاصر .

(٣) بل انه يبدو أن طلب فسخ العقد الفاسد يتمثل أمرا مندوبا اليه ديانة ، اعتبارا بأن إبرام العقد الفاسد معصية ، على العاقد التوبة منه بفسخه (انظر فى ذلك البحر الرائق ٦ ص ٩١) .

بل عليه ، أن يحكم بفسخ العقد الفاسد ، ولو من تلقاء نفسه . والعقد الفاسد لايتصحح بالإجازة [١] أبدا [٢] . وعلى العموم ، يأخذ العقد الفاسد ، قبل القبض ، حكم العقد الباطل . هذا هو حكم العقد الفاسدقبل القبض فى الفقه الحنفى . وقد أقرته « المجلة » فى المادة ٣٧١ منها [٣] .

٢٥٨ — أثر العقد الفاسد بعد القبض : العقد الفاسد يتدعم بعض الشىء بالقبض ، أى بتسليم المعقود عليه ممن يلتزم به إلى العاقد الآخر [٤] . وهذا هو جوهر نظام العقد الفاسد فى الفقه الحنفى . وهو الذى يميزه عن العقد الباطل .

وليس معنى قولنا إن العقد الفاسد يتدعم بعض الشىء بالقبض أنه يصير صحيحاً . فهو يظل فاسداً . كل ماهنالك أن أثر فساده يخف . ومظهر استمرار الفساد أنه يبقى ، كقاعدة عامة ، لأى من العاقدين التمسك بالفسخ ، على حسب الرأى الراجح فى المذهب الحنفى [٥] ، ووفقاً لما تقضى به المجلة (المادة ٣٧٢) .

أما مظهر دعم العقد الفاسد بالقبض فيتركز فى أنه يفيد حكمه وينتج أثره . فالبيع الفاسد ، بعد تسليم المبيع للمشترى ، ينقل الملكية لهذا الأخير . وإذا هلك بين يديه ، تحمل تبعة الهلاك . وفى ذلك تقضى المادة ٣٧١ من المجلة بأنه : « البيع الفاسد يفيد حكماً عند القبض . يعنى أن المشترى إذا قبض المبيع بإذن البائع صار مالكاً له . فإذا هلك المبيع بيعاً فاسداً عند المشترى ، لزمه الضمان . يعنى أن المبيع إذا كان من المثليات لزمه مثله . وإذا كان قيمياً لزمته قيمته يوم قبضه » .

---

(١) انظر البدائع ، جـ ٥ ص ٣٠١ .

(٢) ومن ثم يجوز للعاقد أن يتمسك بفسخ العقد الفاسد ، ولو كان قد سبق له أن تنازل عن حقه فى ذلك . وإذا مات العاقد ، كان لوارثه أن يتمسك بفسخه مكانه .

(٣) جاءت المادة ٣٧١ من « المجلة » تقول فى صدرها : « البيع الفاسد يفيد حكما عند القبض » فهى ، بمفهوم المخالفة ، تفيد أن البيع الفاسد لا ينتج أثرا قبل القبض .

(٤) والمقصود بالقبض هنا هو ذاك الذى يحصل طواعية واختياراً . فيلزم فى البيع ، مثلا ، أن يتم تسليم المبيع إلى المشترى برضاء البائع .

(٥) على أنه إذا كان فساد العقد راجعاً إلى تضمنه شرطاً غير جائز شرعاً ، فان الرخصة فى تمسك بالفسخ لا تبقى إلا إلى الوقت الذى يزول فيه سبب الفساد .

بيد أن الملكية التى تنتقل بمقتضى العقد الفاسد المقترن بالقبض ، بيعاً كان أم هبة أم صلحاً أم غيرها ، ليست هى الملكية العادية التى تترتب بمقتضى العقد الصحيح . فهى ملكية من نوع خاص . هى ملكية تعطى صاحبها مكنة التصرف ، دون مكنة الانتفاع . فليس للمشترى بعقد فاسد أن ينتفع بالمبيع . فلو كان المبيع قميصاً ، مثلا ، ماحق له لبسه . وإن كان جارية ، ماثبت له حل وطئها . أما التصرف فى الشىء ، فتعطيه الملكية الناتجة عن العقد الفاسد ، سواء أكان هذا التصرف قانونياً أم مادياً . فيجوز للمشترى ، بمقتضى البيع الفاسد ، بعد أن يقبض المبيع ، أن يتصرف فيه ، بأن يبيعه أو يهبه أو يرهنه ، مثلا . ويقع هذا التصرف منه صحيحاً . ولايسوغ للبائع الأصلى بعد أن يتصرف المشترى فى المبيع إلى مشتر ثان ، مثلا ، أن يسترده من هذا الأخير ، الذى تثبت له ملكية تامة ، شاملة للانتفاع والتصرف معاً ، على فرض أن عقده هو صحيح ، وليس فاسداً . وكما يجوز لمكتسب الملكية بمقتضى العقد الفاسد المقترن بالقبض أن يتصرف فى الشىء تصرفاً قانونياً من بيع ونحوه ، فيجوز له كذلك ، أن يجرى فيه التصرفات المادية التى تغير من ذاتيته ، كالقمح يصير دقيقاً ، أو تغير فقط من صورته ، كإقامة بناء على الأرض الفضاء أو غرس الأشجار فيها أو حتى تعمير دار مخربة . فإذا حصل تصرف مادى من هذا القبيل ، ثبتت الملكية التامة لمن كان قد كسبها بالعقد الفاسد ، وبطل حق المالك الأصلى فى فسخ العقد ، واستحال عليه بالتالى استرداد الشىء .

خلاصة كل ذلك أن العقد الفاسد ، إذا كان بطبيعته ناقلا للملك : كالبيع والهبة ، واقترن بالقبض الاختيارى ، فإنه ينقل ، إلى المتصرف إليه ، ملكية من نوع خاص ، تخول التصرف دون الانتفاع . ويطلق الفقهاء على هذا النوع من الملكية التى تثبت بمقتضى العقد الفاسد اصطلاح « الملكية الخبيثة أو الملك الخبيث » [١] .

---

(١) ولا جدال فى غرابة هذا النوع من الملكية ، فهى ، من ناحية ، تشمل من عناصر الملكية التصرف ، وهو الأكثر ، دون أن تتضمن الأقل ، وهو الانتفاع . وهى ، من ناحية ثانية ، تبيح لصاحبها أن ينقل إلى غيره ملكية تامة ، فى حين أنها ، هى فى ذاتها ، ملكية ناقصة أو =

وقد جاء فى « المجلة » مايؤيد أنها تأخذ بالرأى الراجح فى الفقه الحنفى ، ومؤداه أن العقد الفاسد المقترن بالقبض لايمنح إلا ملكية خبيثة ، مقصورة

=خبيثة . كمايقولون . وهكذا نرى الشخص يعطى من الحقوق أكثر مما له ، فى حين أن القاعدة أن فاقد الشىء لا يعطيه ، وأن الشخص لا يستطيع أن يعطى أكثر مما له . ومع ذلك فهذا النوع من الملكية يلعب دوراً بالغ الخطورة والأهمية ، وذلك على الأخص فى مجال حماية الغير الذين يتعاملون مع صاحب الملكية الخبيثة ، كمن يشترى منه الشىء أو يرتهنه . فهؤلاء الغير يرون أنفسهم فى مأمن تام من نتائج فساد عقد السلف . إذ لا يستطيع من ملك هذا السلف (كالبائع له مثلا) أن يسترد الشىء من بين أيديهم ، استناداً إلى فساد العقد . وتبرز أهمية هذه الحماية للغير ، إذا علمنا أن أسباب فساد العقود كثيرة ، تحت ظل الفقه الإسلامى الحنفى ، تجمع بين الأسباب العامة التى بيناها فى المتن ، والأسباب الخاصة بالفساد فى كل عقد على حدة . وكثيراً ما يجهل الغير بوجود سبب منها يشوب عقد من يتعاملون معه . ثم أن أسباب الفساد ترجع ، كماسبق لنا أن بيناه فى المتن ، إلى مجرد أوصاف تلحق العقد أو « وصف العقد » كما يقولون . ومن ثم كثيراً ما تدق على الغير معرفة هذه الأسباب ، بل كثيراً ما تدق هذه المعرفة حتى على العاقدين نفسيهما . من هنا وهناك ، كان الغير الذين يتعاملون مع مكتسب الملكية بعقد فاسد ، أى صاحب « الملكية الخبيثة » ، كما يقولون ، فى حاجة ماسة للحماية . وتجىء نظرية فساد العقد ، فى الفقه الحنفى ، توفر تلك الحماية لهم . بل إنها ، على مايبدو ، تسرف فى إضفاء الحماية عليهم ، لأنها لا تفرق ، وفق ما استبان لنا من كتابات الفقهاء ، بين الغير حسنى النية ، أى الذين يجهلون سبب الفساد ، والغير سيئى النية ، أى أولئك الذين يعلمون بفساد عقد مملكهم .

على أية حال ، لا يملك المنصف إلا أن يحنى هامته إجلالا وتقديراً للفقه الإسلامى ، ممثلا فى الفقه الحنفى ، حيث عمد ، من أكثر من اثنى عشر قرنا من الزمان ، إلى غاية بالغة السمو ، وهى حماية الغير ، استقراراً للمعاملات بين الناس ، وإن كان ذلك فى حيز محدود مقصور على من يتعاملون مع مكتسب الملكية بمقتضى عقد فاسد ، وإن كانت الوسيلة التى استخدمت يمكن أن يقال عنها إنها لا تبلغ حد الإتقان ، من حيث تمشيها مع أصول الفن الحديث فى الصياغة .

بل إن عبقرية الفقه الإسلامى تبرز بشكل أوفى ، إذا لاحظنا أن فى الفقه المالكى اتجاهاً واضحاً لتعميم الحماية على الغير الذى يتعاملون مع شخص يكون قد توصل إلى الشىء نتيجة عقد باطل ، بمعنى نعام الشامل لاصطلاح البطلان (انظر فى ذلك دردير الدسوقى ، الشرح الكبير ، ج ٣ ص ٧٠ وما بعدها — ابن رشد ، بداية المجتهد ج٢ ص١٩١ — وانظر أيضاً Linant de Bellefonds نبذة ١٣٤ .

وأياً ما كان الأمر ، فان عبقرية الفقه الإسلامى ، فى المجال الذى نحن بصدده لا يمكن أن تقدر حق قدرها ، إلا إذا لاحظنا أن الفقه الأوربى ، لم يعمد إلى حماية الغير الذين يتعاملون مع شخص لا يتفق ظاهر حاله مع حقيقته من حيث ملكيته للشىء الذى يتعاملون معه فيه ، إلا فى وقت متأخر جداً ، يبعد بأكثر من إثنى عشر قرناً من الزمان وذلك بمقتضى نظرية أخذت تتغلغل فى حنايا القانون المعاصر ، وإن كانت لم تستقر بعد وترسخ بشكل مطلق تام . وهذه هى نظرية المظهر الخادع يحمى المخدوع ، أو كما يقال عادة وبعبارة أكثر شيوعاً وإن كانت أقل دقة ، الغلط الشائع يولد الحق error communis facit jus .

على التصرف دون الانتفاع . فقد وردت المادة ٣٦٦ منها تقضى بأنه : « البيع الفاسد يصير نافذاً عند القبض . يعنى يصير تصرف المشترى فى المبيع جائزاً حينئذ » وجاءت المادة ٣٧٢ . بعد أن بينت أنه لكل من العاقدين فى البيع الفاسد أن يفسخه ، تقول : « ... إلا أنه إذا هلك المبيع فى يد المشترى أو استهلكه أو أخرجه من يده ببيع صحيح أو بهبة من آخر . أو زاد فيه المشترى شيئا من ماله ، كما لو كان المبيع دارا فعمرها أو أرضا فغرس فيها أشجاراً . أو تغير اسم المبيع بأن كان حنطة فطحنها وجعلها دقيقاً . بطل حق الفسخ فى هذه الصور » .

هكذا يظهر أن العقد الفاسد ، بعد القبض . لايصبح كالعقد الصحيح . فالقبض لايطهر العقد الفاسد من فساده تطهيراً تاماً . فهو يقتصر على أن يمنحه بعض القوة وليس كلها . فهو إن كان من طبيعته أن ينقل الملك كالبيع . إلا أنه لايعطى إلا ملكية خبيثة ، محدودة بالتصرف ولاتشمل الانتفاع . ثم إن العقد الفاسد ينطوى على ناحية أخرى من نواحى الضعف . فإذا تعذر رد الشيء . حتى فى الأحوال التى يبطل فيها حق الفسخ نتيجة إجراء التصرف . فلا يستحق المالك الأصلى (البائع فى العقد الفاسد مثلا) البدل المسمى فى العقد وإنما يستحق قيمته . أى ثمن المثل. فإذا باع شخص أرضاً ، مثلا ، وكان البيع فاسداً . وتسلمها المشترى . ثم باعها هذا الأخير إلى ثالث أو بنى عليها داراً . وتعذر بذلك على البائع الأصلى فسخ العقد الفاسد واسترداد الأرض . فإنه يحق له . فى مقابلها ، أن يطالب المشترى بقيمة الأرض عند القبض . لا الثمن المسمى فى العقد . وكذلك الشأن تماماً . لو هلك المبيع فى يد المشترى (المادة ٣٧١ مجلة) .

٢٥٩ — (ب) بالنسبة إلى نفاذ العقــد :

رأينا أن العقد . فى الفقه الحنفى يمر . وهو فى سبيل اكتمال تكوينه . بمرحلتين : مرحلة الانعقاد ، ومرحلة الصحة . فما لا يجتاز مرحلة الانعقاد . فهو باطل . وما يجتازها ، فهو منعقد . والعقد المنعقد يواجه المرحلة الثانية : وهى مرحلة الصحة . فإن لم يجتزها . فهو فاسد . وإن اجتازها فهو صحيح .

ولكن هل يكفي مرور العقد بمرحلة الصحة . حتى يفلح في إنتاج آثاره ؟ القانون المعاصر يجيب بنعم . حيث إن آثار العقد ، تحت ظله ، تترتب عنه بمجرد قيامه ، أي بمجرد توافر أركانه . وبعبارة أخرى بمجرد انعقاده ، حتى لو كان ينطوي على سبب يصلح لإبطاله . مادام هذا الإبطال لم يقض به بالفعل . وهو لايرتب آثاره بداهة . إلا بين عاقديه . فهو لايرتب آثاراً ما في مواجهة غير عاقديه . طالما ظلوا أجانب عنه ، لم يشتركوا فيه بإقرارهم إياه .

أما الفقه الحنفي ، فلا يسمح للعقد دواماً أن يرتب آثاره ، بمجرد أن يكون منعقداً وصحيحاً . ومن هنا كان انقسام العقود . بالنسبة إلى إنتاج آثارها إلى عقد نافذ وآخر موقوف .

فالعقد النافذ هو الذي ينتج آثاره . أو هو ذاك الذي يفيد حكمه . كما يقول فقهاء الشريعة . أما الموقوف فهو كما يدل عليه اسمه : ذاك الذي تكون آثاره غير نافذة الآن . وتتطلب لنفاذها حصول إجازة العقد .

ونظام العقد الموقوف ، يقول به الفقه الحنفي ، والفقه المالكي . ولا يأخذ به الفقه الشافعي . كما أنه لايأخذ به أيضاً الفقه الحنبلي في مجموعه [1] . وقد جاءت « المجلة » وهي كما نعلم ، تكاد تكون مجرد تقنين للراجح في الفقه الحنفي . تأخذ بدورها بنظام العقد الموقوف . وجاءت المادة ١١١ منها . بصدد البيع . تقول : « البيع الموقوف بيع يتعلق به حق الغير . كبيع الفضولي [2] » . ثم جاءت المادة ٣٧٧ تقول : « المبيع الموقوف . يفيد الحكم عند الإجازة » .

---

(١) فهناك رواية عن الإمام أحمد بن حنبل ، يأخذ فيها بنظام العقد الموقوف .

(٢) يقصد ببيع الفضولي ، في ظل الفقه الإسلامي ، ما نطلق عليه نحن ، في لغة القانون المعاصر ، « بيع ملك الغير » . ويجب التحرز من الخلط بين مدلول اصطلاح « الفضولي » في لغة فقهاء المسلمين ومدلوله في لغة القانون المعاصر . فالفضولي في لغة الأولين من الفضول أي التطفل ، في حين أنه الفضولي » أو « الفضالة » في لغة القانون المعاصر أريد لها أن يكونا من الفضل ، اعتباراً بأن الفضالة تتمثل في قيام الشخص عن قصد بأمر عاجل لمصلحة آخر ، دون أن يكون ملزماً بذلك قانوناً (المادة ١٨٨) . وشتان بين الفضل والفضول .

ويمكن رد أسباب وقف العقد ، فى الفقه الحنفى وفى « المجلة » ، إلى أمرين أساسيين : نقص الأهلية ، وتعلق حق الغير .

فالعقد الذى يبرمه ناقص الأهلية ، وهو الصبى المميز والمعتوه [١] ، ثم السفيه وذو الغفلة بعد الحجر عليهما ، إذا كان دائراً بين النفع والضرر [٢] كالبيع والإيجار ، يقع موقوفاً على إجازة الولى (انظر المادة ٩٦٦ مجلة بشأن الصغير المميز ، والمادة ٩٧٨ مجلة بشأن المعتوه ، والمادة ٩٩٣ مجلة بشأن السفيه) . وذلك بخلاف العقد الذى يبرمه عديم التمييز ، وهو الصبى غير المميز ، إذ هو باطل أصلا .

وإلى جانب العقد الذى يبرمه ناقص الأهلية ، يقع موقوفاً كل عقد يبرمه شخص ، ويكون من شأنه أن يؤثر فى حق متعلق بالغير ، إذ هو يقع هنا موقوفاً على إجازة هذا الغير . ومثال ذلك بيع الفضولى (بالمعنى الإسلامى لكلمة الفضولى [٣]) ، أو بيع ملك الغير كما نقول فى لغة القانون المعاصر ، إذ هو يقع موقوفاً على إجازة صاحب المال [٤] (المادة ٣٧٨ مجلة) . ومثال ذلك أيضاً بيع الراهن الشىء المرهون ، يقع موقوفاً على إجازة المرتهن ، وبيع الشىء المؤجر ، حيث يقع موقوفاً على إجازة المستأجر . ومثال ذلك ، فى النهاية ، بيع النائب الذى يتجاوز به حدود نيابته ، فهو يقع موقوفاً على إجازة الأصيل .

---

(١) المعتوه فى ظل الفقه الإسلامى الحنفى ناقص الأهلية وليس عديمها . وهو فى ذلك يتخالف مع المجنون الذى هو عديم الأهلية ، وإن كانا يتفقان فى أنهما محجور عليهما لذاتهما ، أى لمجرد قيام حالة العته أو الجنون ، وبغير حاجة إلى حكم القاضى . أما فى قانوننا المصرى ، فالمعتوه يأخذ حكم المجنون فى أن كلا منهما يعتبر عديم الأهلية ، وإن كان ذلك لا يقع ، كأصل عام ، إلا بقضاء القاضى بتوقيع الحجر عليهما .

(٢) أما إذا كان عقد ناقص الأهلية نافعاً له نفعاً محضاً كان صحيحاً ونافذاً بدون حاجة إلى إذن وليه . وإذا كان ضاراً به ضرراً محضاً ، فهو باطل أصلا .

(٣) راجع ما سبق ص ٥١٦ هامش (٢) .

(٤) ويشترط هنا لإجازة بيع الفضولى ، أن يكون كل من البائع والمشترى والمجيز والشىء المبيع قائماً عند الإجازة . فإذا مات أحد هؤلاء الأشخاص ، أو هلك المبيع ، ما صحت الإجازة ، وانفسخ البيع (انظر فى ذلك المادة ٣٧٨ من « المجلة ») .

والعقد الموقوف ـ فى فترة إيقافه ـ لاينتج أثراً ما ، برغم أنه منعقد وصحيح . وهو على مايبدو ـ يكون موقوف الأثر ـ ليس فقط بالنسبة إلى العاقد الذى قام به سبب الإيقاف ، بل أيضاً بالنسبة إلى العاقد الآخر . فإذا باع ـ مثلا ، ناقص الأهلية ماله ، ووقع بيعه بالتالى موقوفاً على إجازة وليه أو وصيه ـ ساغ له ـ إذا ماطالبه المشترى بتنفيذ البيع ـ أن يدفع بوقوفه ـ طالما أن إجازة وليه لم تلحقه . وكذلك الشأن تماماً بالنسبة إلى المشترى ، لو طالبه البائع بدفع الثمن ـ مثلا .

ويلاحظ الفرق الأساسى بين العقد الموقوف ـ فى الفقه الإسلامى وبين العقد القابل للإبطال فى القانون المعاصر . فهما ليسا صنوين . بل يكادان أن يكونا ضدين . فنى حين أن العقد الموقوف لاينتج أثره حتى يجاز ـ فالعقد القابل للإبطال ينتج أثره إلى أن يبطل . فالإجازة ـ فى العقد الموقوف ، هى التى تجعله ينتج آثاره ـ ولكنها لا تجعل العقد القابل للإبطال ينتج أثره فهو ينتج ذلك الأثر قبلها ـ ومن يوم انعقاده . وتقتصر الإجازة بالنسبة إليه ، على أن تزيل عنه خطر البطلان الذى يتهدده .

٢٦٠ — (ج) بالنسبة إلى لزوم العقد :

رأينا أن العقد ـ فى الفقه الحنفى وفى المجلة ـ لكى يصل إلى إنتاج أثره ، أو إفادة حكه كما يقولون ، يلزم أن يمر بثلاث مراحل : الانعقاد والصحة والنفاذ . ولكن هل معنى ذلك أن العقد ـ إذا مر بهذه المراحل الثلاث ـ يعتبر أنه قد وصل إلى الذروة فى مراتب العقد ؟ الجواب : لا .

فهناك لذلك مرحلة رابعة وأخيرة . تلك هى مرحلة اللزوم . ويقصد بفكرة « اللزوم » فى العقد ، على وجه العموم ـ الحالة التى يكون فيها العقد مستعصياً على أن ينفرد أحد العاقدين ، برغم إرادة الآخر ، بنقضه أى فسخه . ولما كان الفقه الإسلامى يتسم بالكثير من السخاء من حيث منح أحد العاقدين أو كليهما على حسب الأحوال ـ الرخصة فى فسخ العقد بعد انعقاده ـ أو منحه « *الخيار* » *فى ذلك ـ كما يقولون ـ فإنه يمكن تعريف العقد اللازم ـ على نحو ماتقول به*

المجلة بأنه العقد « العارى عن الخيارات (١) ، أو هو العقد الذى لا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه بعد انعقاده (٢) » .

والخيارات التى يثبت بمقتضاها لأحد العاقدين الرجوع فى العقد بعد انعقاده ، والتى يترتب بالتالى على وجود أحدها أن يصير العقد غير لازم : هذه الخيارات كثيرة . فى الفقه الإسلامى بوجه عام ، وفى المجلة بوجه خاص ، أهمها خيار الشرط (٣) ، وخيار الوصف (٤) ، وخيار النقد (٥) ، وخيار الرؤية (٦) .

---

(١) انظر المادة ١١٤ من المجلة .

(٢) راجع المادتين ٣٧٥ و ٣٧٦ من المجلة .

(٣) انظر فى خيار الشرط فى عقد البيع ، المجلة ، المادة ٣٠٠–٣٠٩ .

(٤) انظر ، فى خيار الوصف فى البيع ، المجلة ، المادة ٣١٠–٣١٢ .

(٥) انظر ، فى خيار النقد فى البيع ، المجلة ، المادة ٣١٣ – ٣١٥ .

(٦) انظر ، فى خيار الرؤية فى البيع ، المجلة ، المادة ٣٢٠ – ٣٣٥ .

الباب الثانى

آثار العقـــد

٢٦١ – تناولنا ، فى الباب الأول ، قيام العقد . وتبينا أنه يلزم لذلك أن تتوافر له أركانه ، وهى الرضاء والمحل والسبب ، فضلا عن الشكل فى العقود الشكلية . والفرض الآن أن العقد قد قام صحيحاً . وإذا قام العقد ، وتمت له بالتالى مرحلة ميلاده ، واجه بالضرورة المرحلة الثانية من مراحل مصيره ، وهى مرحلة حياته . وتتركز حياة العقد فى إنتاج آثاره . ونحن نعمد هنا إلى تحديد تلك الآثار .

وتتركز آثار العقد فى وجوب إعمال ماجاء فيه . فإن قضى العقد بإنشاء التزامات معينة فى ذمة كل من طرفيه أو فى ذمة أحدهما فحسب ، قامت هذه الالتزامات ، وإن قضى العقد بتعديل حقوق قائمة أو نقلها أو إنهائها ، أعمل فيها قضاؤه . والقانون فى ذلك كله لايفعل أكثر من تقريره إلزا، مايتضمنه العقد من أحكام ، بإحاطتها بالجزاء الذى يكفل احترامها . وهذ مايطلق عليه القوة الملزمة للعقد .

بيد أن هذه القوة الملزمة لاتكون بالضرورة إلا بالنسبة لطرفى العقد ومن يخلفهم فى حقوقهم . ومن هنا نشأت قاعدة اقتصار آثار العقد عل عاقديه وخلفائهما ، أو قاعدة نسبية آثار العقد .

مما سبق يبين أن آثار العقد تدور حول فكرتين أساسيتين : القوة الملزه للعقد ، ونسبية آثار العقد . بيد أن دراسة هاتين الفكرتين تستلزم البد بتحديد مضمون العقد، أى ما يتضمنه من أحكام . ثم إن تلك الدراس تتطلب أن نعرض ، فى نهايتها ، لتنفيذ العقد ، لتحديد طريقة أداء الالتزامات التى من شأنه أن يولدها ، من وجه ، ولبيان الجزاء المترتب على عدم قي المتعاقد بتنفيذ الالتزامات التى يفرضها العقد عليه ، من وجه آخر .

هكذا يرتسم أمامنا منهاج دراسة هذا الباب ، على أساس انقسامه إ فصول أربعة : يحدد أولها مضمون العقد ، ويعالج ثانيها القوة الملزمة للعقد ويتناول ثالثها نسبية آثار العقد ، ويعرض رابعها لتنفيذ العقد .

الفصل الأول

مضمون العقـــد

٢٦٢ – لتحديد مضمون العقد . يلزم بادئ ذى بدء أن نعرف معنى العبارات التى يتضمنها . وقد تكون هذه العبارات أو بعضها غامضة مبهمة. وهنا يلزم التفسير لاستجلاء المعنى . وبعد أن يظهر لنا المعنى المقصود من عبارة العقد . يلزم أن نحدد ما يتضمنه من أحكام . هكذا يلزمنا هنا أن نتكلم فى تفسير العقد . ثم فى تحديد مضمونه .

المبحث الأول

تفسير العقـــد

٢٦٣ – إذا ثار نزاع بشأن تنفيذ العقد . وجب بادئ ذى بدء . أن نحدد معناه . واستخلاص معنى العقد يكون بتحديد ماقصدته الإرادة المشتركة لعاقديه . فما ترتضيه إرادة أحد الطرفين وحدها لايعتبر من أحكام العقد . والإرادة المشتركة لطرفى العقد أمر معنوى . ولكنه يستخلص أساساً من عبارة العقد . فضلا عن الظروف والملابسات التى تكتنف إبرامه .

وعبارة العقد . من حيث إنها تتضمن الإرادة المشتركة لطرفيه . وبالتالى المعنى المقصود من العقد . تتخذ إحدى صورتين أساسيتين : فهى إما أن تجئ واضحة فى الدلالة على ماقصدته منها الإرادة المشتركة . وإما أن تجئ متسمة فى ذلك بغموض . ونتناول كلا من هاتين الحالتين على التوالى :

٢٦٤ – (أ) وضوح عبارة العقد :

إذا كانت عبارة العقد واضحة فى دلالتها على ما قصدته الإرادة المشتركة ماكانت فى حاجة إلى تفسير . ووجب على القاضى . كأصل عام . أن يأخذ بالمعنى الظاهر لها . دون أن ينحرف عنه . وقد جاءت المادة ١٥١ فى فقرتها

الأولى . تملى هذا الحكم . قاضية بأنه : ١ — « إذا كانت عبارة العقد واضحة فلايجوز الانحراف عنها عن طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين »[١] . وهذا الحكم من المشرع تقنين للقاعدة الشرعية . التي تضمنتها المادة ١٤ من المجلة ، والتي تقول إنه : « لامساغ للاجتهاد في مورد النص ».

على أنه لايكفي . لاعتبار العبارة واضحة ، وبالتالى في غير حاجة إلى تفسير ، أن تكون واضحة في ذاتها . وإنما يلزم أن تكون كذلك بالنسبة إلى دلالتها على ماقصدته الإرادة المشتركة منها . فقد تكون العبارة في ذاتها واضحة . ومع ذلك يكتنفها الغموض والإبهام بالنسبة إلى حقيقة مدلولها . ومثال ذلك أن يحصل تعارض بين عبارتين واضحتين في العقد الواحد ، كما إذا جاء في هذا العقد أن الثمن الذى يلتزم به المشترى هو مائة ، ثم جاء في مكان آخر منه أن الثمن هو ثمانون . فالعبارتان السابقتان واضحتان . لو نظرنا إلى كل منهما على حدة . ولكن بتقريب إحداهما من الأخرى ، يظهر غموض في حقيقة المقصود منهما . وهنا نكون في حاجة إلى تفسيرهما [٢] ، لنتعرف على حقيقة ما ارتضته الإرادة المشتركة ، إن كان لنا إلى ذلك سبيل .

٢٦٥ — (ب) غموض عبارة العقـــد :

إذا كانت عبارة العقد غامضة في دلالتها على المعنى المقصود منها ، أو كانت متسمة في ذلك بلبس ، بأن كان من الممكن تأويلها على أكثر من معنى ، تعين الالتجاء إلى التفسير ، لاستجلاء غامضها ، وتحديد حقيقة مدلولها .

وتفسير العقد يناط أصلا بالقاضى . والقاضى ، حينما يفسر العقد

---

(١) وهذا الحكم تقنين للقاعدة الشرعية القاضية بأنه « لا مساغ للاجتهاد في مورد النص » ، والتي تضمنتها المجلة في المادة ١٤ منها .

(٢) راجع في الحالات التي يكون فيها الشرط محتاجاً إلى التفسير برغم وضوح ذات ألفاظ عبارته : نقض فرنسى عرائض ١٥ ابريل ١٩٢٦ ، D.H. ١٩٢٦ ص ٣١٧ نقض إجتماعى ١١ يونيه ١٩٤٢ ، D.C. ١٩٤٣ ، ١٣٥ وتعليق Flour . وانظر أيضاً نقض فرنسى تجارى ٧/١/١٩٦٩ Sem. Jur ١٩٦٩ ، ٢ ، ١٦١٢١ وتعليق Prieur

يستهدف البحث عما قصدته الإرادة المشتركة لطرفيه [١] . وهو يتقصى هذه الإرادة المشتركة فى العقد من مجموع وقائعه وظروف إبرامه ، دون الوقوف عند مجرد معانى ألفاظه أو عباراته . ومع الاستهداء بطبيعةالتعامل والغرض الذى يظهر أن المتعاقدين قصداه والعادات الجارية وما ينبغى أن يتوافر بين المتعاقدين من حسن النية وشرف التعامل . وفى ذلك تقضى المادة ١٥٠ / ٢ بأنه : « ٢ — أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد ، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين دون الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ ، مع الاستهداء فى ذلك بطبيعة التعامل ، وبما ينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجارى للمعاملات » .

فعلى القاضى ، وهو فى سبيل البحث عن قصد المتعاقدين المشترك ، عن طريق تفسير عبارات العقد الغامضة . أن يدخل فى اعتباره مجموع وقائع العقد ومجموع عباراته وشروطه أو بنوده . فالعقد كل لايتجزأ . ثم إن عبارات العقد وبنوده قد يفسر بعضها بعضاً [٢] . على أنه أياً ماكان الأمر . فإن مجىء عبارة العقد على نحو معين ، يقتضى وجوب إعمال الظاهر الثابت فيها . إلى أن يثبت مايدعو إلى العدول عنه . وبشرط أن تبين المحكمة فى حكمها الأسباب التى دعتها إلى عدم الأخذ بالمعنى الظاهرللعبارة . وأن تكون هذه

---

(١) وإذا كان تفسير العقد يقوم على استخلاص ما قصدته الإرادة المشتركة لطرفيه ، فانه يتمثل أمراً من أمور الواقع ، وبالتالى يدخل فى السلطة التقديرية لقاضى الموضوع ، من غير تعقيب عليه فى ذلك من محكمة النقض . انظر فى ذلك ما سيجىء ، نبذة ٢٦٧ .

(٢) انظر نقض ١٠/٣/١٩٦٦ طعن ١٤٤/٣٢ق مجموعة النقض س ١٧ ٥٧٠ رقم ٧٨ . وقد جاء فى هذا الحكم أنه « لا يجوز للمحكمة ، وهى تعالج تفسير المحررات ، أن تعتد بما تفيده عبارة معينة من عبارات المحرر ، بل يجب عليها أن تأخذ بما تفيده العبارات بأكلها وفى مجموعها . فإذا كان الحكم المطعون فيه قد وقف عند الشق الأول من العبارة . . . دون اعتبار لما يكملها من عبارات تفصح عن معناها وحقيقة القصد منها ، فإنه يكون قد خالف قواعد التفسير وفسر تلك العبارات بما يشوه معناها ويعتبر مسخاً لها » . وانظر فى نفس المعنى : نقض ٩/٦/١٩٦٦ طعن ٣٩٤/٣١ق مجموعة النقض س ١٧ ص ١٣٥٠ رقم ١٨٧ . وقد جاء فى هذا الحكم أن « عبارات المحرر يكمل بعضها بعضاً وتفسيرها انما يكون على مقتضى ما تفيده جميع عباراته مجتمعه ، لا بما تفيده عبارات معينة منها .

الأسباب سائغة ، وإلا كان حكمها مشوباً بالقصور [١] .

وينبغى على القاضى ، وهو فى مجال التفسير ، ألا يقف بالضرورة عند المعنى الحرفى لألفاظ العقد وعباراته . فالعبرة فى العقود ، كما هى فى غيرها ، بالمقاصد والمعانى ، وليست بالألفاظ والمبانى .

ثم إن على القاضى أن يستهدى ، فى تفسير العقد ، بطبيعة التعامل وما ينبغى أن يتوافر بين المتعاقدين من أمانة وثقة وفقاً للعرف الجارى فى المعاملات .

هذه هى بعض الأمور التى حرص المشرع على أن يوجه نظر القاضى إليها ليستهدى بها وهو بصدد تفسير العقد . على أن هذه الأمور لاتعدو أن تكون مجرد إرشادات يقدمها المشرع للقاضى لمساعدته فى التفسير . وهى من بعد ليست كل الإرشادات التى يمكن للقاضى أن يستعين بها [٢] . والمشرع ،

---

(١) انظر نقض مصرى ١٩٧٣/٦/٢١ ، مجموعة النقض س ٥٤ ص ٩٥٣ — نقض ٥٨/٦/١٩ ، مجموعة النقض س ٩ ص٥٧١ رقم ٧١ — نقض ١٩٦٤/٥/٧ ، مجموعة النقض س ١٥ ص ٦٥١ رقم ١٠٤ . وقد قضى بأنه إذا التزم الحكم المعنى الظاهر لعبارة الشرط باعتبار أنه هو قصد المتعاقدين ، فإنه لا تكون ثمة ضرورة لإيراد أسباب أخرى تبرر الأخذ بالمعنى الظاهر ، إذ أن محل ذلك أن تكون المحكمة قد عدلت عن المعنى الظاهر إلى غيره (نقض ١٥/٢/ ١٩٦٢ مجموعة النقض س ١٣ ص ٢٥٩ رقم ٤٠) . وانظر كذلك نقض ١٩٨٢/١/٢٨ طعن١٣٢٧/٤٨ ق المحاماه س ٦٢ ع ٧ و ٨ ص ٦ السابقة الإشارة إليه . وقد جاء فى هذا الحكم ، بعد أن سجل القاعدة القاضية بأن لمحكمة الموضوع السلطة المطلقة فى تفسير صيغ العقود والشروط المختلف عليها بما تراه أوفى بمقصود العاقدين ، مستعينة فى ذلك بجميع ظروف الدعوى وملابساتها ؛ جاء الحكم بعد تسجيل القاعدة السابقة ، يقول إن لمحكمة الموضوع بسلطتها التقديرية فى تفسير صيغ العقود « أن تعدل عن المدلول الظاهر لهذه الصيغ المختلف على معناها ، طالما أنها قد بينت فى أسباب حكمها لم عدلت عن الظاهر إلى خلافه ، وكيف أفادت تلك الصيغ المعنى الذى اقتنعت به ورجحت أنه مقصود العاقدين ، بحيث يتضح لمحكمة النقض من هذا البيان أن محكمة الموضوع قد اعتمدت فى تأويلها لها على اعتبارات معقوله يصح معها استخلاص ما استخلصته منها » .

(٢) من الأمور التى ثار حولها الجدل ، بالنسبة إلى تأثيرها على تفسير العقد ، العدالة . والقاعدة ، فى هذا الخصوص أنه يمكن للقاضى أن يستهدى بالعدالة فى التفسير ، فى حدود بحثه عن القصد المشترك للعاقدين . ولكن إذا كان قصد العاقدين واضحاً ، تعين على القاضى إعماله ، من غير أن يكون له أن يبتعد عنه ، حتى لو كان ذلك قد وقع منه بهدف تحقيق العدالة . فالعدالة نسبية تختلف من قاض إلى قاض . وعلى أية حال ، فى الاستناد إلى *العدالة* ما قد يهدد *أمن العقود*=

إذ يقدم للقاضى إرشاداته ، لم يغفل عن أن التفسير هو فى النهاية مسألة فن وذوق وكياسة وخبرة .

٢٦٦ — تفسير الشك لمصلحة من يضره الشرط الغامض :

تفسير العقد يصل بالقاضى إلى أحد أمرين : فهو إما أن يؤدى به إلى جلاء غموض عبارة العقد ، واستخلاص ما قصدته الإرادة المشتركة على شكل يقينى قاطع يطمئن هو إليه ، وإما ألا يؤدى به إلى ذلك . فيبقى عنده شك فى حقيقة مدلول عبارة العقد .

ولا صعوبة فى الحالة الأولى . حيث يعمل القاضى المعنى الذى استخلصه من عبارة العقد ، سواء أكان من شأنه نفع الدائن أو المدين .

أما فى الحالة الثانية . وهى حالة وجود شك فى مدلول عبارة العقد . فتثور بعض الصعوبة . فلابد من أن يفسر هذا الشك لصالح أحد الطرفين . فمن عساه أن يكون ؟

يوجد فى هذا الصدد قول مأثور . يصل فى الفكر القانونى إلى مرتبة القاعدة الأساسية العامة ، ومؤداه أن : « الشك يفسر فى مصلحة المدين » . وقد بلغ هذا القول من القوة إلى حد أن كثيراً من القوانين فى البلاد المختلفة قد ضمنته نصوصها . ومن هذه القوانين قانوننا المصرى ، حيث جاءت المادة ١٥١ / ١ منه تقول : « يفسر الشك لمصلحة المدين » . وقد حذت حذو قانوننا المصرى قوانين البلاد العربية الأخرى التى استوحته [١] .

= واستقرارها . على أن ذلك ، إن كان صحيحاً تماماً من الناحية القانونية الفنية البحتة ، إلا أن واقع الحال لا يتفق معه دوماً . ففى حالات كثيرة ، يتأثر القاضى — وهو بشر ، بل بشر متميز بحاسة العدل — بالعدالة فى تفسير العقود ، كما يتأثر بها فى تفسير القانون . ولعل الأخذ بنظرية الظروف الطارئة فى القضاء الإدارى الفرنسى ، وكذلك تفسير عقد العمل أولا ثم عقد النقل بعد ذلك على أنه يتضمن الالتزام بضمان السلامة ، يعتبران ، فى زماننا المعاصر ، مثالين فذين لتأثر القاضى بالعدالة فى تفسير العقود ، ولو كان ذلك على حساب إرادة العاقدين ، أو حتى على حساب حكم القانون نفسه .

(١) انظر القانون السورى (المادة ١٥٢/١) والقانون الليبى (المادة ١٥١/١) والقانون العراقى (المادة ١٦٦) والقانون الأردنى (المادة ٢٤٠/١) .

والقول بأن الشك يفسر فى مصلحة المدين يجد مايبرره قانوناً إذا كان مؤدى الشرط الغامض أن يحمل المدين بالتزام معين ، أو أن يحدد كيفية أدائه إياه . كما هو الأمر الغالب فى العمل . إذ أن الأصل هو براءة الذمة . فلا يمكن القول بانشغالها بالدين ، إلا إذا كان ذلك أمراً قاطعاً . ومن ناحية أخرى ، يقع عبء إثبات وجود الدين على الدائن . فإن وجد شك فى مديونية المدين . اعتبر الدائن أنه لم يفلح فى إقامة الدليل على وجود دينه .

بيد أنه إذا كانت قاعدة تفسير الشك فى مصلحة المدين تجد مايبررها عندما يكون مؤدى الشرط الغامض أن تنشغل ذمة المدين بالمديونية ، فهى تفقد كل مسوغ ، إذا كان مؤداه أن يخفف المسئولية على المدين عما تقضى به القواعد العامة ، أو يعفيه كلية من تلك المسئولية . فلو أن شخصاً دهم ، مثلا ، آخر بسيارته . وثبت بالتالى للمضرور حق التعويض ، ثم اتفق هذا الأخير مع محدث الضرر على إعفائه من المسئولية أو على تخفيف عبء تلك المسئولية عنه . وثار بعد ذلك شك فى تفسير هذا الشرط ، ففى مصلحة من يفسر هذا الشك ؟ ولو أن عقد البيع أو الإيجار تضمن شرطاً من شأنه أن يعفى البائع أو المؤجر من ضمان العجز فى الشيء المبيع أو المؤجر أو من ضمان استحقاقه أو من ضمان العيوب الخفية فيه . ثم اعتراه شك فى حقيقة مدلوله . ففى مصلحة من يفسر هذا الشك ؟ لو أننا أخذنا هنا بحرفية نص المادة ١٥١ / ١ التى تقضى بأن الشك يفسر لمصلحة المدين . لوجب القول . فى المثال الأول ، بأن الشك يفسر فى مصلحة محدث الضرر ، لأنه هو المدين فى الالتزام بالتعويض . وفى المثال الثانى . بأن الشك يفسر لمصلحة البائع أو المؤجر ، لأنه هو الملتزم بالتسليم وبالضمان .

وهذا القول لايستند إلى مبررات قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين ، حينما يكون من شأن الشرط المقترن به أن يشغل مسئوليته بالدين ، والتى سبق لنا بيان أهمها . بل هو على النقيض من ذلك يتجافى تماماً مع تلك المبررات ، ويقوم على عكسها . ففى حالتنا ، نجد أن من شأن القواعد القانونية العامة ذاتها أن تشغل مسئولية المدين . فإعفاؤه من هذه المسئولية أو تخفيفها عليه هو الذى يجىء نتيجة الشرط الغامض . ولما كان الأصل هنا

هو تقرير المسئولية وفقاً لما يقررها القانون . وجب عدم القول بما يتغاير معها إلا إذا وجد شرط قاطع فى الدلالة عليه . ومن ناحية أخرى ، يقع عبء إثبات الشرط الذى يغاير أحكام المسئولية وفقاً لما يقضى به القانون على من يدعى تلك المغايرة . فإن ادعى المدين وجود مثل هذا الشرط ، لزمه هو أن يقدم الدليل على وجوده بشكل يقينى قاطع .

هكذا يبين أن إعمال نفس المبررات التى تسوغ تفسير الشك لمصلحة المدين ، حينما يكون من شأن الشرط أن يشغل مسئوليته ، يؤدى إلى وجوب تفسير الشك ضد المدين ، إذا كان من شأن الشرط الغامض أن يعفيه من المسئولية ، أو يخففها عليه عما تقضى به القواعد القانونية العامة [(١)] .

ومن المقطوع به أنه إذا كان مؤدى الشرط الغامض أن يعفى المدين من المسئولية التى تلزمه بمقتضى القواعد القانونية العامة ، أو يخففها عليه ، فإن الشك يفسر على النحو الذى يتفق أكثر مع ما تقضى به تلك القواعد العامة ، أى أنه يفسر ضد مصلحة المدين ولمصلحة الدائن .

وقد أراد بعض فقهائنا أن يجد لذلك مخرجاً يتسق مع القاعدة التى تقضى بأن الشك يفسر لمصلحة المدين . فقال إن هذه القاعدة إنما وضعت ليستأنس بها القاضى ، دون أن يتقيد بها ، شأنها فى ذلك شأن غيرها من قواعد التفسير . ثم إن لهذه القاعدة مبررات أدت إلى وضعها ، فإن تخلفت هذه المبررات ، وجب عدم تطبيقها وساغ تفسير الشك لمصلحة الدائن [(٢)] .

---

(١) وقد أدى ذلك بالأستاذ السنهورى إلى أن يقول : « كذلك إذا تعارضت قاعدة تفسير الشك فى مصلحة المدين مع قاعدة تفسير شرط الإعفاء من المسئولية تفسيراً ضيقاً ، قدمت القاعدة الثانية على الأولى (الوسيط ج ١ ط ٢ ص٦٨٧ هامش ١)»،ولكن الأستاذ الكبير لم يقدم لنا أى سند قانونى لما وصل إليه . انظر فى نقدنا لما أورده فقيهنا العملاق السنهورى فى مؤلفه الفذ « نظرية العقد » فى شأن قاعدة تفسير الشك لمصلحة المدين ، مؤلفنا عقد الإيجار نبذة ٩١ ص ١٤٣ وهامش ٢ . وقد أسعدنا أن يتأثر أستاذنا الكبير بنقدنا ، فيقول فى مؤلفه الوسيط ج ٦ نبذة ١٦١ ص ٢٠٣ إن « المقصود بالمدين فى القول بأن الشك يفسر لمصلحة المدين هو المتعاقد الذى يقع عليه عبء الالتزام أو الشرط » . وهو بهذه المثابة أصبح يقول مثلنا إن الشك يفسر لمصلحة من يضره الشرط الغامض ، ولو كان دائناً بالالتزام .

(٢) راجع السنهورى ، نظرية العقد ، نبذة ٨٤٠ . والظاهر أن فقيهنا الكبير قد عدل عن=

ولايمكننا التسليم بهذا الرأى ، فمؤداه أن يكون للقاضى الخيار فى أن يطبق قاعدة أن الشك يفسر لمصلحة المدين أو لايطبقها . فى حين أن المشرع يملى تلك القاعدة على صيغة أمر موجه إلى القاضى ، لايستطيع عنه حولا .

والرأى عندنا هو أنه يلزم الأخذ دائماً بقاعدة أن الشك يفسر لمصلحة المدين . كل ما فى الأمر هو وجوب أن يفسر لفظ « المدين » هنا ، لا على أساس معناه الفنى العادى المألوف ، أى الشخص الذى يتحمل بعبء الالتزام ، ولكن على أساس أنه يعنى الشخص الذى من شأن إعمال الشرط أن يضره ، حتى لو كان دائناً فى الالتزام . وهذا التفسير يتفق مع الحكمة التى يتوخى المشرع تحقيقها . فالشرط هو الذى يعتريه الغموض . وهو الذى يتناوله التفسير . ومن ثم يلزم أن يفسر الشك الذى يعتريه لمصلحة من يضره وجوده . وبعبارة أخرى أقل دقة ، يفسر الشك لمصلحة المدين فى الشرط ، ولو كان هو دائناً بالالتزام . حقيقة إنه يغلب أن يكون المدين فى الشرط هو المدين فى الالتزام ، لأن الشروط تقرر عادة المسئولية على الأشخاص . ولكن قد يكون المدين فى الشرط ، بمعنى الشخص الذى يضره إعماله ، هو الدائن بالالتزام ، كما هو الأمر بالنسبة إلى الشرط الذى يعفى محدث الفعل غير المشروع من المسئولية عن عمله أو يخففها عليه ، وكالشرط الذى يعفى البائع أو المؤجر من المسئولية عن العجز فى العين أو من المسئولية عن ضمان الاستحقاق وعن ضمان العيوب الخفية [١] .

وسواء أأخذنا فى قولنا : « إن الشك يفسر لمصلحة المدين » ، بالمعنى العادى المألوف للفظ « المدين » ، أى الشخص الذى يتحمل عبء الالتزام ، أم بمعنى الشخص الذى يضره إعمال الشرط الغامض ، وبعبارة أخرى ،

= رأيه هذا ، بتأثير من نقدنا إياه فى مؤلفنا عقد الايجار (نبذة ٩٦) ، فلم يشر إليه فى كتابه « الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد » . بل إنه أخذ يقول مثلنا بأن المقصود بالمدين ، فى القول بأن الشك يفسر فى مصلحة المدين ، هو المتعاقد الذى يقع عليه عبء الشرط ، وان جمع معه عبء الإلتزام (راجع السنهورى ، الوسيط ج ٦ نبذة ١٦١ . وانظر ما سبق ص ٥٣٧ هامش (١)) .

(١) انظر فى هذا المعنى : مؤلفنا عقد الإيجار ج ١ ، نبذة ٩١ .

المدين فى الشرط ؛ سواء أخذنا بهذا المعنى أم بذاك . فإن التفسير لايكون فى صالح المدين ، إلا إذا قام الشك حقيقة حول ماقصدته الإرادة المشتركة . فإن كان الشرط واضحاً فى دلالته ، أو كان غامضاً ، ولكنه كان من الممكن جلاء غموضه والوصول إلى حقيقة مدلوله على شكل يقينى قاطع ، وجب إعمال الشرط كما هو . وامتنع على القاضى التحول عنه ، تحت ستار وجود شك فى حقيقة مدلوله ، حتى لو كان فى هذا التحول نفع ظاهر للمدين .

فأول واجب يلقيه القانون على عاتق القاضى ، وهو أمام الشرط الغامض الذى يتلمسه عند قيامه بتفسير العقد . هو أن يحاول تبديد غموضه مااستطاع إلى ذلك سبيلا . فإن أفلح فى ذلك . أنفذ الشرط الذى جلا غموضه ، سواء أكان فى مصلحة هذا العاقد أم ذاك [1] . فإن لم يفلح ، وبقى شك فى حقيقة ما قصدته الإرادة المشتركة من الشرط ، تعين عليه تفسير هذا الشك فى مصلحة العاقد الذى يضره الشرط . سواء أكان دائناً أم مديناً . فإن لم يفعل ، اتسم حكمه بمخالفة القانون ، وكان حرياً به أن تسلط عليه محكمة النقض سيف رقابتها ، فتنقضه . فتفسير الشك فى مصلحة من يضره الشرط الغامض ، أو ما نستطيع ، مع شىء من التجاوز ، أن نطلق عليه المدين فى الشرط . هو مسألة قانون ، لمحكمة النقض فيها سلطان الرقابة [2] .

وإذا كان الأصل العام هو أن الشك الذى يعترى الشرط الغامض يفسر فى مصلحة من يضره الشرط دائناً كان أم مديناً ، فإنه يرد على هذا الأصل استثناء هام فى مجال عقود الإذعان ، حيث يفسر الشك دوماً فى مصلحة الطرف المذعن (المادة ١٥١ / ٢) ، حتى لو كان من شأن الشرط الغامض أن يفيده . وقد سبق لنا أن عرضنا لهذا الأمر عند الكلام فى عقود الإذعان [3] .

---

(١) انظر نقض مدنى مصرى ١٤/١٢/١٩٤٤ ، مجموعة عمر ج ٤ رقم ١٦٩ ص ٤٧٨ . وقد جاء فى هذا الحكم أن الاشتباه (بمعنى الشك) فى الغرض المقصود من المشارطة الذى يجب معه تفسير المشارطة بما فيه الفائدة للمتعهد (المدين) هو الاشتباه الذى يقوم فى نفس القاضى لخلو الدعوى من دليل مقنع . فإذا كان المستفاد من الحكم أن المحكمة قد استخلصت فى اقتناع تام ، من أدلة الدعوى المرفوعة على المشترى بمطالبته بثمن القطن المبيع له ، أنه تسلم المبيع ، ثم قضت بإلزامه بالثمن ، فإن حكمها يكون سليما ولا غبار عليه .

(٢) انظر ما سيجىء ، نبذة ٢٦٧ .

(٣) راجع ما سبق ، نبذة ٢٠١

٢٦٧ – تفسير العقد من سلطة قاضى الموضوع ، مدى القاعدة . وحدودها :

تفسير العقد ، اعتباراً بأنه يقوم على استخلاص الإرادة المشتركة لعاقديه . يتمثل أمراً من أمور الواقع . ومن ثم فهو يدخل فى سلطة قاضى الموضوع التقديرية ، دون أن يكون عليه فى ذلك معقب من محكمة النقض ، طالما كان من شأن عبارة العقد أن تحمله [١] . وفى ذلك يختلف تفسير العقد اختلافاً جذرياً عن تفسير القانون [٢] . الذى يتمثل مسألة قانون فى الدرجة الأولى . وتسير محاكمنا وعلى رأسها محكمة النقض . شأنها فى ذلك شأن المحاكم فى البلاد المختلفة ، لاسيما محكمة النقض فى فرنسا . فى هذا الاتجاه على نحو مستقر مطرد ثابت [٣] .

---

(١) انظر فى اعتبار تفسير العقد من مسائل الواقع ، والتمييز بين تفسير العقد وتكييفه ومخالفة أحكامه ، استاذنا الكبير فى جامعة Toulouse بفرنسا العلامة Marty فى رسالته الشهيرة عن الواقع والقانون المقدمة لجامعة تولوز سنة ١٩٢٩ . وانظر كذلك مقاله : دور القاضى فى تفسير العقود Trav. Ass. Capitant ١٩٤٩ ص ٨٥ وما بعدها . وانظر أيضاً أستاذنا الكبير السنهورى ، الوسيط ج ١ نبذة ٣٨٨ .

(٢) حدث فى فرنسا ، على أثر صدور مدونة نابليون ، وما جاءت به فى المادة ١١٣٤ من أن الاتفاقات الصحيحة تقوم مقام القانون بالنسبة إلى عاقديها (وهو نفس الحكم الذى تضمنه القانون المدنى المصرى بقوله ، فى المادة ١٤٧ منه ، إن العقد شريعة المتعاقدين) بعض اللبس . الأمر الذى أدى فى البداية بمحكمة نقض باريس إلى إخضاع تفسير العقود لرقابتها ، اعتباراً بأن العقد يعتبر قانوناً للمتعاقدين . ولكن المحكمة العليا الفرنسية سرعان ما رجعت عن رأيها الظاهر الخطأ ، لتستقر على الرأى السليم ومؤداه أن قضاء محكمة الموضوع . طالما اقتصر على تفسير العقد ، ومن غير تغيير فى آثاره أو تعديل فيها أو إعفاء منه ، لا يخضع لرقابتها . وقد حدث منها على أثر حكمها الشهير الصادر منها بدوائرها المجتمعة بتاريخ ٢ فبراير ١٨٠٨ (سيرى ١٨٠٨ — ١ — ١٨٣) .

(٣) وأحكام محكمتنا العليا تتوالى قاضية فى عبارات واحدة أو متقاربة أن لمحكمة الموضوع السلطة المطلقة فى تفسير العقود والشروط بما تراه أوفى بمقصود العاقدين ، مستعينة فى ذلك بجميع ظروف الدعوى وملابساتها ، ولا رقابة لمحكمة النقض عليها فى ذلك متى كان تفسيرها تحتمله عبارة العقد ، أو الشرط . انظر فى ذلك : نقض ٢٨/١/١٩٨٢ طعن ١٣٢٧/٤٨ ق ، المحاماة س٦٢ ع٧ و ٨ ص٦ — نقض ٢٦/١١/١٩٧٤ طعن ٢١٣/٣٩ق مجموعة النقض ٢٥ ص ١٢٩١ رقم ٢٢٠ — نقض ٨/١/١٩٧٠ طعن ٤٦٩/٣٥ق مجموعة أحكام النقض س ٢١ ص ٥١ رقم ٩ — نقض ٢٦/٢/١٩٧٠ طعن ٥٥٦/٣٥ق مجموعة النقض س٢١ ص٣٤٤ رقم ٥٦ — =

على أنه يلزم ، لاعتبار عمل القاضى ، فى مجال تفسير العقد ، من مطلقات سلطته التقديرية ، وخروجه بالتالى على رقابة محكمة النقض ، أن يكون فى ذات حقيقته ، تفسيراً ، لا أن يلبس ثوبه ويأخذ مجرد مظهره .

فإذا كان التفسير يقوم على استخلاص قصد العاقدين المشترك من عبارات العقد وغيرها مما لابس العقد من وقائع . فإنه يلزم أن تكون هذه العبارات أو الوقائع موجودة فعلا وثابتة حقيقة ، فى الدعوى ، لا أن تكون وهمية اعتد القاضى بوجودها . حالة كونها . فى واقع الأمر ، معدومة [1] . ففى مثل هذه الحالة . القاضى فى حقيقة الأمر . لايفسر العقد . ولكنه ينشىء فى أحكامه . وهو عمل لا يدخل فى سلطته . ومن ثم كان للمحكمة العليا أن تعقب عليه فيه لتنقض حكمه [2] .

ثم إنه ينبغى أن يكون استخلاص القصد المشترك للعاقدين من عبارات العقد وكافة وقائعه . على نحو ما وصل القاضى إليه . سائغاً ومقبولا ، بأن يكون من شأنها أن تؤدى إليه عقلا ومنطقاً . فإن لم يكن ذلك كذلك . فإن

= نقض ١٩٧٣/١١/٢٨ طعن٣٦/٧٨ق مجموعة النقض س ٢٤ ص١١٦١ رقم ٢٠١ — نقض ١٩٧٣/١٢/١٧ ، مجموعة النقض س ٢٤ ص ١٢٦٨ رقم ٢٢٠ — نقض ١٩٦٨/١٢/١٠ ، مجموعة النقض س ١٩ ص ١٥٠٤ رقم ٢٢٩ — نقض ١٩٦٧/٥/٢٥ مجموعة النقض س ١٨ ص ١١٢٩ رقم ١٦٧ — نقض ١٩٦٨/١١/١٤ ، مجموعة النقض س ١٨ ص ١٦٥٩ رقم ٢٥١ .

(١) راجع السنهورى ، المرجع السابق ، نبذة ٣٨٨ — وانظر نقض مدنى ١٩٣٤/٣/١ مجموعة عمر ج ١ رقم ١٦٨ ص ٣٢٨ — وقارن نقض مدنى ١٩٣٥/٣/٢٧ ، مجموعة عمر ج ١ رقم ٢٣٥ ص ٦٣٠ .

(٢) انظر : تمييز الكويت ١٩٧٤/٢/٢٠ طعن ١٩٧٣/٣٦ . وقد جاء فى هذا الحكم : « من المقرر أنه وإن كان لمحكمة الموضوع السلطة فى تفسير العقود أو الشروط المختلف عليها بما تراه هى متفقاً مع مقصود العاقدين ، وأن لها — بهذه السلطة — أن تعدل فى المعنى الظاهر لعبارة العقد أو الشرط ، إلا أن عليها فى هذه الحالة أن تبين فى حكمها أسباب عدولها عن المدلول الظاهر للعبارة إلى خلافه ، والكيفية التى استفادت بها ذلك المعنى الذى أخذت به وانتهت إلى أن إرادة الطرفين اتجهت إليه ، بحيث يتضح من هذا البيان الذى تورده بالأسباب أنها قد اعتمدت فى تأويلها على اعتبارات مقبولة يصح معها استخلاص النتائج التى رتبتها عليها . فإذا جرى الحكم فى قضائه على تحريف قصد المتعاقدين من عبارات العقد الظاهرة ، دون أن يفصح عن وجه استدلاله قصدهما كما انتهى إليه والموارد التى استمده منها ، فإنه يكون معيباً بالقصور بما يستوجب تمييزه .

عمل القاضي لايعتبر فى حقيقته تفسيراً لوقائع العقد . وإنما خروجاً عليها وانحرافاً عنها ، ومن ثم كان للمحكمة العليا أن تعقب عليه لتنقضه .

نخلص من كل ماسبق أن تفسير العقد . طالما أنه فى حقيقته كذلك ، بأن قام على استخلاص القصد المشترك للعاقدين من وقائع موجودة وثابتة فى الأوراق ، وكان هذا الاستخلاص سائغاً ومقبولا عقلا ومنطقاً ، ولم يستر وراءه خروجاً عن أحكام العقد ؛ إذا كان تفسير العقد على هذا النحو ، فإنه يعتبر مسألة من مسائل الواقع ، ويخرج بالتالى عن رقابة محكمة النقض[1].

على أنه يستثنى من قاعدة أن تفسير العقد يتمثل مسألة واقع تدخل فى رحاب سلطة قاضى الموضوع التقديرية . الحالات التى ينص فيها القانون على حكم معين ، لا على نحو إرشادى وتوجيهى فى استخلاص القصد المشترك للعاقدين . وإنما على نحو إلزامى وجوبى يتحتم على القاضى اتباعه فى التفسير . ففى مثل هذه الحالات ، يتوجب على القاضى الالتزام فى التفسير بما يمليه عليه المشرع ، وإلا اعتبر أنه قد خالف القانون ، ولم يقف عند مجرد استخلاص واقع ، وخضع حكمه بالتالى لرقابة محكمة النقض . ومن الحالات التى نحن بصددها حالة وجوب تفسير الشك فى الشرط الغامض فى مصلحة من يضره الشرط (المادة ١٥١ / ١) ، وحالة وجوب تفسير الشك فى عقود الإذعان دوماً فى مصلحة الطرف المذعن ، دائناً كان أم مديناً (المادة ١٥١ / ٢) . فإذا لم يفسر القاضى الشك[2] فى الشرط الغامض لمصلحة من عساه أن يضره الشرط .

---

(١) ولا يغير من كون تفسير العقد مسألة واقع ، وخارجة بالتالى عن رقابة محكمة النقض ، ألا يتقيد القاضى ، وهو يفسر العقد ، بالأمور التى أوردها المشرع كعناصر يستهدى بها فى استخلاص القصد المشترك للعاقدين ، كما هو الشأن فى قول المشرع بعدم الوقوف عند المعنى الحرفى للألفاظ والاستهداء بطبيعة التعامل ، وبما ينبغى من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجارى فى المعاملات (المادة ٢/١٥١) . فهذه الأمور لا تعدو أن تكون مجرد معايير إرشادية للقاضى أن يستأنس بها ، وهو يقوم بالتفسير ، أو هى ، كما قيل ، مجرد نصائح وإرشادات للقاضى ، بحيث إن القاضى لا يعتبر أنه قد خالف القانون إن لم يتقيد بها (راجع فى هذا الخصوص Mazeaud المرجع السابق ، نبذة ٣٤٠ — السنهورى ، المرجع السابق ، نبذة ٣٨٨) .

(٢) بل إن القول من القاضى بأن ثمة شكا فيما قصدته الإرادة المشتركة أم لا يخضع لرقابة محكمة النقض . إذ أن هذا القول لا يعتبر فى حقيقته تفسيراً ، وإنما هو تكييف . والتكييف —

وإذا لم يفسر الشك فى عقد من عقود الإذعان لمصلحة الطرف المذعن ، حتى لو كان الشرط الغامض فى مصلحته ، فإن القاضى يكون قد خالف القانون . ولم يقف عند مجرد استخلاص واقع ، مما يجعل حكمه خليقاً بأن يعمل فيه سيف الرقابة من محكمة النقض ، فينقض .

وإذا كان تفسير العقد يعتبر مسألة واقع ، فى الحدود التى بيناها ، فإن تكييف العقد أو تكييف أى حكم فيه ، أى إعطائه وصفه القانونى ، بيعاً كان أم إيجاراً مثلا ، يعتبر مسألة قانون فى الصميم ، ويخضع بالتالى لرقابة محكمة النقض [١] .

٢٦٨ — ويلاحظ أنه ، إذا كانت القاعدة هى أن تفسير العقد يتمثل مسألة واقع ، ويخرج بالتالى عن رقابة محكمة النقض ، على نحو ماسبق لنا أن بيناه ، فإنه يوجد فى الفكر القانونى الفرنسى فقهاً وقضاء اتجاه قوى للتضييق من نطاق سريان هذه القاعدة ، وعلى الأخص بالنسبة إلى العقود ذات الصفة التنظيمية ، ونعنى بها العقود التى تكتب فى صيغة موحدة لتتكرر فى شأن أشخاص كثيرين ، كالعقود النموذجية Contrat-type وعقود الإذعان لاسيما عقد التأمين . وقد توجت محكمة النقض الفرنسية هذا الاتجاه بالسير عليه فى قضائها [٢] .

وهذا الاتجاه من الفكر القانونى الفرنسى هو اتجاه محمود ، يتوجب السير عليه ، فى ظل قانوننا . إذ أن من شأنه أن يعمل دور محكمة النقض التوحيدى فى القضاء ، فلا يختلف مدلول شرط معين فى عقد عن مدلوله .

= مسألة قانون ، وليست مسألة واقع ، ومن ثم فهى تدخل فى رقابة المحكمة العليا . راجع فى هذا الاتجاه : السنهورى ، المرجع السابق ، نبذة ٣٨٨ .

(١) نقض ٤/٢/١٩٦٩ ، مجموعة أحكام النقض س ٢٠ ص ١٢٤٧ رقم ٣٩ .

(٢) انظر نقض فرنسى مدنى ١٨ مارس ١٩٤٢ ، سيرى ١٩٤٣ — ١ — ١٣ وتعليق Houin — نقض فرنسى مدنى ٤ مايو ١٩٤٢ D.C. ١٩٤٢ — ١ — ١٣١ وتعليق Besson . وراجع فى اتجاه الفكر القانونى الفرنسى لإخضاع تفسير العقود ذات الصفة التنظيمية لرقابة محكمة النقض ، Marty et Raynaud المرجع السابق، نبذة ٢٢٠ — Marty ، رسالته السابقة الإشارة إليها ، نبذة ١٥٨ .

هو بذاته ، فى آخر . والقول بغير ذلك من شأنه أن يخل بمبدأ المساواة بين الناس ، ويجعل أمرهم رهيناً بصدفة عرضه على محكمة أو على أخرى ، مما يهز الثقة فى القضاء ويخدش العدالة . وفضلا عما سبق ، فإن شيوع شرط معين بصيغة موحدة فى عقود كثيرة تفرض فى العادة على أشخاص متعددين ، يبعد بعض الشيء الشرط التعاقدى عن مألوف طبيعته الرضائية الفردية ، ليسير خطوات ، وإن كانت جد قليلة ، فى طريق الحكم القانونى ، مما جعل البعض من الفقهاء ينعتون مثل هذا الشرط بالقانون الخاص loi privée ، تمييزاً له عن القانون بمعناه الأصيل (١) .

المبحث الثانى

تحديد مضمون العقد

٢٦٩ — تحديد مضمون العقد ، أى بيان الأحكام التى يشتمل عليها ، من الأهمية بمكان . فمآل العقد إلى تنفيذه . ويتم تنفيذه بإعمال الأحكام التى يتضمنها . فلابد إذن من أن نتعرف على تلك الأحكام .

وإذا كان من الظاهر القول بأن العقد يتضمن الأحكام التى تجىء بها شروطه ، وتلك التى يقضى بها القانون ويكون من شأنها أن تسرى عليه ، فإن ثمة سؤالا طرح نفسه على الفكر القانونى ، فقهاً وقضاء وتشريعاً ، حول ما إذا كان العقد يقف عند هذه الأحكام وتلك، مقتصراً عليها وحدها ، أم أنه من الممكن أن يدخل فيه غيرها . وتواجدت ، فى هذا الخصوص ، نزعة تعمد إلى الحد والقصر ، استناداً إلى الرغبة فى تسويد مبدأ سلطان الإرادة بالوقوف عنده وعدم الخروج عليه . ولكن هذه النزعة لم يكتب لها النصر ، وما كان ليكتب لها ، على الأخص بعد أن أخذت تتغلغل فى ثنايا العصر الذى نعيشه فكرة العدالة الاجتماعية . وسرعان ما استقر الفكر القانونى على شىء

---

(١) انظر فى ذلك Marly ، المرجع السابق . ويقول الفقيه الفذ فى خصوص العقود ذات الصفة التنظيمية à ailurء reglemenatire ، بأن المرء لا يوجد فى مجال التفسير ، ولكن فى مجال التنظيم . ويستطرد قائلا إن دواعى إبعاد التفسير عن رقابة محكمة النقض لا تتواجد ، عندما نكون فى حقيقة الواقع بصدد قانون خاص Loi Privée يضعه أحد طرفى العقد ويرتضيه الآخر .

معقول من التوسعة فى مضمون العقد ، ومن غير إسراف أو شطط . ومؤدى هذه التوسعة أن يدخل فى مضمون العقد ، إلى جانب الأحكام التى يجيء بها عاقداه ، وتلك التى يقضى بها القانون فى شأنه ، ما يعتبر من توابع العقد ومستلزماته . ووجدت هذه التوسعة مكانها المرموق بين دفات كثير من المدونات القانونية المعاصرة . ولم يتخلف قانوننا المصرى الحالى عن الركب ، فجاء بدوره ، يتضمنها ، قاضياً فى المادة ٢/١٤٨ بأنه : « ٢ — ولا يقتصر العقد على إلزام المتعاقد بما ورد فيه ، ولكن يتناول أيضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام » .

ونحن نحمد لمشرعنا هذا الاتجاه فى التوسعة فى مضمون العقد . . وإذ هو يفعل ذلك ، نقدر ما أدته هذه التوسعة ، عبر السنين ، من جليل النفع . وما الالتزام بضمان السلامة ، الذى أدخل بادىء ذى بدء فى نطاق عقد العمل ، ثم بعد ذلك فى نطاق عقد النقل ، والتزام العامل بعدم إفشاء سر العمل ، والتزامه بالامتناع عن منافسة رب العمل فى تجارته ، إلا مجرد أمثلة لما أضفته تلك التوسعة على عالم القانون من يانع الثمار .

وهكذا نجد أن الأحكام التى يشملها العقد ترتد إلى أربعة أنواع أساسية ، هى الآتية :

أولا : الأحكام التى تتضمنها شروط العقد ذاتها ، صراحة أو ضمناً . ومثال ذلك أن ينص فى عقد البيع على كيفية تسليم المبيع وتاريخ حصوله ومكانه ومقدار الثمن وكيفية دفعه وتاريخ هذا الدفع ومكانه .

ثانياً : الأحكام التى تقضى بها العادات الجارية فى المكان الذى أبرم فيه العقد ، لاسيما العادات التجارية ، طالما أنها معروفة من العاقدين كليهما ، وبشرط أن تكون العادة مطردة غالبة ، يسير عليها الناس فى سوادهم ، وإن خالفها قلة منهم . إذ أنه يفترض هنا أن المتعاقدين قصدا تطبيق حكم العادة فى شأنهما ، مالم يثبت العكس . وهذه هى العادة الاتفاقية [1] . وإذا كانت المادة ١٤٨ / ٢ لم تذكر الأحكام التى تتضمنها العادات الجارية باعتبارها داخلة

---

(١) انظر فى العادة الاتفاقية ، مؤلفنا : نظرية القانون ، نبذة ١٢٣ وما بعدها .

فى مضمون العقد ، فما ذلك إلا لأن هذه الأحكام تعتبر كما لو كان العاقدان قد اتفقا عليها ، ماداما لم يستبعداها . فهى إذن بمثابة الأحكام التى تأتى فى شروط العقد ؛

ثالثاً : الأحكام التى تقضى بها القواعد القانونية السارية على العقد ، سواء أكانت هذه القواعد راجعة فى مصدرها إلى التشريع أو إلى العرف . فالعقد يشمل . إلى جانب الأحكام التى تتضمنها شروطه : تلك التى تقضى بها القواعد القانونية التى من شأنها أن تنطبق عليه . سواء أكانت هذه القواعد عامة . بمعنى أن كان من شأنها أن تسرى على نوعية العقد الذى نحن بصدده كما تسرى على غيره . أم كانت خاصة بنوعية هذا العقد وحدها : مع وجوب التفرقة هنا بين القواعد الآمرة التى يجب اتباعها . حتى لو اتفق على خلافها . وبين القواعد المقررة أو المفسرة التى لاتتبع . إلا إذا لم يتفق على خلافها .

رابعاً : الأحكام التى تعتبر من مستلزمات العقد . فالعقد يشمل . إلى جانب الأحكام التى تتضمنها شروطه . وتلك التى تقضى بها القواعد القانونية والعادات التى من شأنها أن تسرى عليه . الأحكام التى تعتبر من مستلزماته . حتى لو لم يرد لها ذكر فيه .

فكل مايعتبر من مستلزمات العقد يدخل فى مضمونه . حتى لو لم يكن له ذكر فيه ، أو لم ترد به قاعدة من قواعد القانون . والمقصود بمستلزمات العقد الأمور التى تحتمها طبيعته والغاية التى يستهدفها ؛ وفقاً للقانون والعرف والعدالة . ومع مراعاة مقتضيات حسن النية وشرف التعامل . ومثال ذلك أن طبيعة عقد النقل بالتاكسى : الذى يسير بالعداد ، تقتضى من صاحبه أن ينقل الراكب إلى مكان الوصول سالكاً به أقرب طريق ممكن ؛ فإن لم يراع ذلك . اعتبر مخلا بالتزام يحمله به العقد . برغم أن مثل هذا الالتزام لايرد ذكره عادة فيه . إذ أنه يعتبر من مستلزماته . وفقاً لمقتضيات حسن النية وشرف التعامل . ومثال مستلزمات العقد كذلك ماقضت به محكمة النقض من تحميل وزارة الداخلية بالالتزام بحفظ أدوات ومعدات وأوانى متعهد تعاقد معها على تقديم أغذية ساخنة لأفراد اعتقلتهم فى معتقل الهاكستب ،

برغم أن ذلك الالتزام لم يذكر صراحة فى العقد [١] .

تلك هى الأحكام التى ينطوى العقد عليها . وهى التى تنظم العلاقة بين طرفيه ، وتحدد ما لكل منهما على الآخر من حقوق ، وما عليه قبله من التزامات . وتحديد مضمون العقد ، أو مشتملاته ، مسألة من مسائل القانون يكون لمحكمة النقض فيها الرقابة على ما تقضى به محكمة الموضوع [١] .

---

(١) انظر : نقض ١٩٦٨/٥/٢٨ طعن ٣٤/٢٣٧ق مجموعة أحكام النقض س ١٩ ص ١٠١٤ رقم ١٥١ . وتتلخص وقائع الدعوى التى صدر فيها الحكم فى أن وزارة الداخلية تعاقدت مع متعهد على أن يقدم الطعام للمعتقلين فى الهاكستب لمدة ثلاثة أشهر ، على أن يكون الطعام فى أوعية وأدوات نظيفة وأن يكون ساخناً . فسخ العقد لإخلال المتعهد بالتزاماته . طالب المتعهد بمقابل قيمة الأدوات والأوانى التى تلفت ، تأسيساً على التزام وزارة الداخلية بحفظها . دفعت الوزارة بأن العقد لم يتضمن فى نصوصه مثل هذا الالتزام ، وأنها إذا كانت مسئولة عن تلف الأدوات والأوانى ، فإن مسئوليتها تقصيرية وأنها تقادمت بمرور الزمن . أخذت المحكمة الابتدائية بوجهة نظر الوزارة . ولكن محكمة الاستئناف ألغت الحكم الابتدائى ، قاضية بالتزام الوزارة بحفظ أوانى المتعهد ، تأسيساً على أن هذا الالتزام ، وإن كانت نصوص العقد لم تصرح به ، إلا أن العقد مع ذلك يتضمنه ، اعتباراً بأنه من مستلزماته . وانتهت المحكمة إلى تقرير مسئولية الوزارة عن تلف أدوات المتعهد وأوانيه تأسيساً على المسئولية العقدية ، برغم أن العقد نفسه كان قد فسخ . وقد باركت محكمة النقض قضاء محكمة الاستئناف ، رافضة ما نعى عليه من مخالفة القانون ، تأسيساً على أنه استخلص استخلاصاً سائغاً ، فى تحديد نطاق العقد ، أنه يتضمن التزاماً على وزارة الداخلية بالمحافظة على أوانى المتعهد وأدواته ، وأن هذا الالتزام مستمد من طبيعة الالتزامات التى يرتبها العقد ويقتضيها تنفيذه ويتسع له حكم المادة ١٣٨ مدنى قديم (المقابلة للمادة ١٤٨ من القانون المدنى الحالى) . وانظر : نقض ١٩٧٧/٥/١٦ طعن ٤٣/٨١١ ق مجموعة النقض س ٢٨ ص ١٢١٤ رقم ٢٠٩ وتتلخص وقائع الدعوى التى صدر فيها الحكم فى أن شخصاً تعاقد مع القوات المسلحة على توريد كمية من العدس ، ثم استورد تلك الكمية من سوريا . ولكنه لم يستطع تسليمها للقوات المسلحة . ادعى مسئولية القوات المسلحة تأسيساً على إخلالها بالتزام يقع عليها . ولو لم ينص العقد عليه ، اعتباراً بأنه من مستلزماته ؛ ومؤدى هذا الالتزام أن تقدم القوات المسلحة له التسهيلات اللازمة للتخليص على البضائع من الجمارك وتحويل ثمنها إلى سوريا . رفضت محكمة النقض اعتبار مثل هذا الأمر من مستلزمات عقد النزاع .

(١) راجع : السنهورى ، المرجع السابق نبذة ٤٠٨ .

الفصل الثاني

القوة الملزمة للعقد

٢٧٠ – الأصل فى العقد أنه يلزم عاقديه بكل مايجيء فيه . فهو يتضمن قوة تحتم على طرفيه الرضوخ والإذعان له فى كل مايحتويه . وبعبارة أخرى : هو يتضمن قوة ملزمة لطرفيه باحترامه . وبالنسبة إلى كل أحكامه . فالعقد بالنسبة إلى طرفيه . وفى حدود تنظيم العلاقات التى يحكمها : كالقانون[1] ، فلايستطيع أحدهما أن يستقل بنقضه ولابتعديله . مالم يصرح له الاتفاق أو القانون بذلك . وهذا هو المبدأ الأساسى العام فى مجال نظرية العقد . والذى يطلق عليه : القوة الملزمة للعقد effet obligatiore du contrat . وقد تضمنته المادة ١٤٧ / ١ من القانون المدنى بقولها : « العقد شريعة المتعاقدين . فلا يجوز نقضه ولاتعديله إلا باتفاق الطرفين . أو للأسباب التى يقررها القانون » . وقد توج الله سبحانه وتعالى مبدأ إلزام العقد بقوله : « ياأيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » . وجاء الرسول الكريم يقول : « المسلمون عند شروطهم » .

فالعقد شريعة المتعاقدين . فلا يستطيع أحدهما : بحسب الأصل . أن ينقضه أو يعدل فى أحكامه . مالم يسمح له هو نفسه بذلك : أو يسمح له به القانون .

فى بعض الأحيان : يتضمن العقد نفسه شرطاً يمنح عاقديه أو أحدهما حق الرجوع عنه أو إجراء تعديل فى أحكامه . ومثال ذلك التعاقد بالعربون[2] (المــادة ١/١٠٣ مدنى) ، وتضمن عقد الإيجار شرطاً يخول المستأجر إنهاءه قبل فوات مدته . وفى مثل هذه الحالة . لاتوجد أية صعوبة . فى الرجوع

---

(١) وفى ذلك جاءت المادة ١١٣٤ فرنسى تقضى بأنه : « الاتفاقات المبرمة على نحــو شرعى légalement formés تقوم مقام القانون بالنسبة إلى من أجروها » .

(٢) راجع ما سبق ، نبذة ٨٥ وما بعدها .

عن العقد ، أو فى إجراء التعديل فى أحكامه ممن يخوله هذا الحق ، إعمال له . فليس فى ذلك أى إخلال به .

وقد لايتضمن العقد ، عند إبرامه ، مايخول لطرفيه أو لأحدهما نقضه أو تعديله . ولكن يتفق طرفاه كلاهما على شىء من ذلك فى تاريخ لاحق ، كأن يتفق البائع والمشترى على اعتبار البيع الذى سبق لهما أن أبرماه كأن لم يكن [١] ، أو على منح المشترى أجلا للوفاء بالثمن . وفى هذه الحالة ، تنتفى الصعوبة أيضاً . إذ أن ما يسوغ للاتفاق أن يقرره ، يسوغ له أن ينقضه أو يعدل فيه .

ولايقف الأمر عند حد إمكان نقض العقد أو تعديل أحكامه ، بمقتضى الاتفاق بين طرفيه كليهما . بل يسوغ لأحدهما أن يصل إلى ذلك ، برغم إرادة الطرف الآخر ، إذا سمح له به القانون . وفى الحدود التى يرسمها . وهذا هو الاستثناء الحقيقى للقوة الملزمة للعقد ، أو لقاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين .

والحالات التى يجيز فيها القانون لأحد المتعاقدين أن يصل إلى نقض العقد أو إلى إجراء تعديل فى أحكامه ، برغم إرادة الطرف الآخر ، كثيرة . فمنها حق المتعاقد ، فى العقود الملزمة للجانبين ، أن يطلب من القاضى الحكم بفسخ العقد ، إذا لم يوف المتعاقد الآخر بالتزامه ، مع ثبوت سلطة تقديرية رحبة للقاضى فى هذا المجال [٢] (المادة ١٥٧) . ومنها الرجوع فى الهبة ، حيث يجيزه القانون (المواد ٥٠٠ إلى ٥٠٢) . ومنها أيضاً ، ماتسوغه المادة ٣٤٦ / ٢ والمادة ١٥٧ / ٢ من منح القاضى المدين أجلا للوفاء بالالتزام إذا وجدت ثمة ظرف تبرره . ومنها كذلك ماتجيزه المادة ٢٢٤ للقاضى من تخفيض قيمة الشرط الجزائى ، إذا كان مبالغاً فيها إلى درجة كبيرة . ومنها ماتقرره المادة ٧٠٩ / ٢ من أنه يسوغ للقاضى أن ينقص الأجر المتفق عليه للوكيل ، مالم يكن قد دفع من الموكل طوعاً بعد تنفيذ الوكالة .

---

(١) راجع ما سيجىء ذكره فى شأن الإقالة .

(٢) وسنعود إلى الكلام فى فسخ العقد ، عندما نتناول انحلاله .

ومن الحالات التي يجيز فيها القانون لأحد المتعاقدين أن يصل إلى تعديل آثار العقد برغم إرادة الطرف الآخر ، فضلا عما سبق ، ماتقرره المادة ١٤٩ من أنه : « إذا تم العقد بطريق الإذعان ، وكان قد تضمن شروطاً تعسفية جاز للقاضي أن يعدل هذه الشروط أو أن يعفي الطرف المذعن منها ، وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة ، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك » . وقد سبق أن عرضنا لهذه الحالة عند الكلام في التعاقد بطريق الإذعان [1] .

ومن الحالات التي يجيز فيها القانون لأحد المتعاقدين الوصول إلى تعديل آثار العقد برغم إرادة الطرف الآخر ، في النهاية ، حالة الظروف الطارئة . ونتناول هذه الحالة بالدراسة لأهميتها القصوى .

نظرية الظروف الطارئة

٢٧١ — مؤدى نظرية الظروف أو الحوادث الطارئة Théorie de l'imprévision أن تعرض ، بعد إبرام العقد ، وقبل تمام تنفيذه ، نوازل أو أحداث عامة ، لم تكن في الحسبان ولم يكن في الوسع توقعها أو دفعها ، ويكون من شأنها أن يصبح تنفيذ الالتزام — وإن ظل ممكناً — شديد الإرهاق بالمدين ، بحيث يتهدده بخسارة فادحة ، فيسوغ للقاضي ، بناء على طلب هذا المدين ، وبعد الموازنة بين مصلحته ومصلحة غريمه ، أن يرد التزامه إلى الحد المعقول الذي يرفع عنه الحرج البالغ والعنت الشديد .

وتمشياً مع منطق هذه النظرية جاءت المادة ١٤٧ ، بعد تقريرها ، في فقرتها الأولى ، مبدأ أن العقد يلزم طرفيه بما يجيء فيه ، تقضي ، في فقرتها الثانية ، بأنه : « ومع ذلك إذا طرأت حوادث استثنائية عامة لم يكن في الوسع توقعها وترتب على حدوثها أن تنفيذ الالتزام التعاقدي ، وإن لم يصبح مستحيلا ، صار مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، جاز للقاضي تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك » .

---

(١) راجع ما سبق ، نبذة ٩٥ وما بعدها .

٢٧٢ — ونظرية الظروف الطارئة حديثة العهد فى القانون المعاصر . فلم يأخذ بها الرومان . لشدة تمسكهم بأهداب الفردية . وأول من بشر بها هم الكنسيون .

فقد عمد رجال الكنيسة على أن تسود العدالة العقود . وفى هذا السبيل . دلوا بنظرية الثمن العادل والأجر العادل. ولم يقتصروا . فى تقريرهم مبدأ العدالة بين المتعاقدين . على وقت إبرام العقد . بل قالوا بوجوب مراعاته أيضاً عند تنفيذه . وهكذا حارب الكنسيون الغبن . ليس فقط عند قيام العقد . بل أيضاً عند تنفيذ الالتزامات المترتبة عنه . فإذا اختل . بعد إبرام العقد . التوازن الاقتصادى بين ما يأخذه المتعاقد وبين ما يعطيه . بحيث أصبح أداء . عليه يتضمن غبناً فادحاً له . كان له أن يطالب من القاضى رد التزامه إلى الحد العادل .

وقد أرجع فقهاء القانون الكنسى Les canonistes هذا الحكم إلى شرط ضمنى قالوا إن العقد يتضمنه . ومؤدى هذا الشرط بقاء الظروف التى أبرم فيها العقد على حالها . دون أن يطرأ عليها تغيير جوهرى . بحيث إنه لو تغيرت هذه الظروف . وجب أن تتعدل آثار العقد . على النحو الذى يجعلها متمشية مع هذا التغيير . وهذا هو الشرط [1] الذى يطلق عليه La clause rebus sic santibus .

وسرعان ما انتكصت فكرة الظروف الطارئة فى أوربا ، على أثر ضعف نفوذ الكنيسة . من ناحية . وتغلغل النزعة الفردية التى أدت إلى سيادة مبدأ سلطان الإرادة . من ناحية أخرى .

٢٧٣ — وإذا كان الكنسيون قد بشروا بفكرة الظروف الطارئة كنظام تمكن المدين من رد التزامه إلى الحد العادل ، بعد أن بات أداؤه منه على

---

(١) وقد لقى هذا الشرط تطبيقاً رحباً فى مجال القانون الدولى العام ، لا سيما فى أعقاب الحرب العالمية الأخيرة ، فقد تذرعت به بلاد كثيرة ، كانت قد أبرمت معاهدات ، حالة كونها مستضعفة ، مع غيرها من الدول الإمبريالية القوية ، وذلك فى مطالبتها باجراء تعديلات جوهرية فى تلك المعاهدات أو حتى بإلغائها .

نحو ماجاء فى الأصل عليه يتهدده بالخراب ، فإن هذه الفكرة لم تكن بعيدة كل البعد عن فقهاء المسلمين . وإن لم يصلوا كدأبهم إلى إنزالها منزلة النظرية العامة الشاملة ، قانعين بإعمالها فى خصوص مسائل محددة ، وإن كانت فى الحقيقة بالغة الضيق [١] .

(١) جرت عادة بعض المحدثين ، سواء أكانوا من فقهاء الشرع الإسلامى أم من فقهاء القانون المدنى المعاصر ، على أن يجدوا تطبيقات معينة لنظرية الظروف الطارئة فى مجال الفقه الإسلامى . وليست كل التطبيقات التى يقولون بها صحيحة فى الحقيقة . إذ أن الحكم فى أغلبها يرتد إلى أساس آخر غير ذاك الذى تقوم عليه تلك النظرية ، فضلا عن الاختلاف الجذرى فى شروط إعماله .

فن أبرز الحالات التى يقال عنها إنها تتمثل تطبيقاً لنظرية الظروف الطارئة ، فى مجال الفقه الإسلامى ، حالة فسخ الإيجار بالعذر . ومؤدى هذه الحالة أن يطرأ بعد إبرام عقد الإيجار ، لأى من طرفيه ، أمر لم يكن فى الأصل فى حسبانه ، من شأنه أن يجعل استمرار العقد ضاراً به ضرراً كبيراً ، ليس من مقتضى العقد أن يتحمله ، فيتمثل هذا الأمر عذراً فى جانبه يتيح له أن ينهى العقد قبل فوات مدته .

وإنهاء الإيجار بالعذر ، أو فسخه بالعذر ، كما يقال عادة فى لغة فقهاء المسلمين ، حكم أجمعت عليه مذاهب السنة الأربعة ، فى تفاوت فى السعة بينها ، بين رحابة بالغة يسير عليها فقهاء الحنفية ، وتضييق شديد التزمه الشافعية ، وتوسط بين الرحابة والتضييق قام عليه المالكية والحنابلة . وأخذ قانوننا المدنى بدوره بفكرة إنهاء الإيجار بالعذر (المادة ٦٠٨) .

وفسخ الإيجار بالعذر لا يعتبر فى حقيقته تطبيقاً لنظرية الظروف الطارئة على نحو ما هى عليه فى القانون المعاصر . فثمة خلاف أساسى فى شروط الإعمال . فنى حين أن نظرية الظروف الطارئة تتطلب لإعمالها أن يكون الحدث الذى يجعل الالتزام شديد الإرهاق بالمدين حدثاً عاماً عليه وعلى غيره ، فإن فسخ الإيجار يجوز بالعذر ، ولو كان خاصاً بالمدين نفسه ، كموت المستأجر حيث يجوز لورثته إنهاء الإيجار (المادة ٢/٦٠١ مدنى) ، وكتغيير محل إقامة المستأجر اقتضاء لعمله (المادة ٦٠٩) ، وكتغيير حرفته من التجارة إلى الزراعة مثلا ، حيث يجوز له إنهاء إيجار الحانوت الذى كان يباشر التجارة فيه . ثم إن الأثر مختلف فى النظامين . فنى حين أن إعمال نظرية الظروف الطارئة لا يؤدى إلى أكثر من تعديل التزام المدين برده إلى الحد المعقول ، نجد أن فسخ الإيجار بالعذر يؤدى إلى إنهاء الالتزام بالكلية ، بل إلى إنهاء العقد ذاته . انظر فى هذا المعنى : مؤلفنا عقد الايجار نبذة ٣٣٣ .

ولم يحاول فقهاء الحنفية أنفسهم — وهم أكثر فقهاء الشرع الإسلامى أخذاً بفكرة فسخ الإيجار بالعذر — تأسيس تلك الفكرة على مجرد الإرهاق الذى من شأنه الحدث الطارىء أن يرتبه على العاقد ، وإنما ردوه إلى سبب آخر مغاير ، أساسه أن الإيجار لا يعطى منفعة الشىء دفعة واحدة عند إبرامه ، وإنما يعطيها شيئاً فشيئاً طوال مدته وزمانه . وما دام الإيجار يعطى المنفعة . =

٢٧٤ — ولم يأت تقنين نابليون : بما يقطع بأنه يأخذ بفكرة الظروف الطارئة . بل على النقيض من ذلك . جاءت المادة ١١٣٤ منه تقضى بأن العقد

= للمستأجر شيئاً فشيئاً، فقد رأى الحنفية أن استيفاء المستأجر إياها يقع بمثابة قبض منه إياها يتكرر على مدى بقاء الإيجار قائماً . فإذا طرأ العذر ، أثناء سريان الإيجار ، فإنه يقع عندهم بمثابة عيب وقع قبل القبض ، ينهض سبباً موجباً للفسخ . وهكذا رد فقهاء الحنفية فسخ الإيجار بالعذر إلى فكرة العيب الحادث قبل القبض .

ومما ينسب فى بعض الأحيان إلى نظرية الظروف الطارئة ، اعتباراً بأنه يتمثل تطبيقاً لها فى مجال الفقه الإسلامى ، وضع الجوائح فى بيع الثمار على الشجر . والجوائح جمع جائحة ، وهى الشدة التى تجتاح المال فتهلكه كله أو بعضه . وقال المالكية إنه إذا بيعت الثمار على الشجر بعد ظهور صلاحها ، وهلكت بجائحة كلها أو بعضها ، فإن هلاكها يكون على البائع ، ويبرأ المشترى من الثمن . وسند المالكية فيما ارتأوه ما رواه مسلم عن جابر أن النبى عليه صلوات الله أمر بوضع الجوائح وأنه قال : « إن بعت من أخيك ثمراً ، فأصابته جائحة ، فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئاً » .

ووضع الجوائح فى بيع الثمار على الشجر لا يتمثل بدوره تطبيقاً لنظرية الظروف الطارئة وفق ما يقول به القانون المعاصر . فهو يقوم على اعتبار مغاير ، لا يرتد إلى مجرد الارهاق الذى ينتاب المشترى نتيجة الحدث الطارىء ، وإنما إلى فكرة بقاء الشجر المعلقة به الثمار فى حوزة البائع ، فهو من ثم يعتبر مسئولا عما ينتاب الثمار من الهلاك .

وإذا وصلنا إلى أن فكرة فسخ الإيجار بالعذر ووضع الجوائح فى بيع الثمار على الشجر لا يتمثلان فى حقيقة الواقع تطبيقين صادقين لنظرية الظروف الطارئة على نحو ما يقول به القانون المعاصر ، فإننا نجد أقرب ما يكون تطبيقاً لها فى مجال الفقه الإسلامى يتمثل فيما قال به أبو يوسف — وهو القول المفتى به عند الحنفية — من أن إذا تغيرت قيمة العملة بعد البيع ، وقبل وفاء الثمن ، سواء أكان ذلك بالارتفاع أو الانخفاض ، فإن المشترى يلتزم بدفع عدد من الدراهم يتناسب مع قيمة العملة عند البيع . فلا شك أن تغيير قيمة العملة يرجع إلى حدث طارىء عام ، وليس خاصاً بأحد العاقدين . وذاك هو السمة الأساسية فى إعمال نظرية الظروف الطارئة . ثم إن تغيير قيمة العملة بالارتفاع قد يكون من شأنه أن يرتب الارهاق بالمشترى وهو المدين بالثمن . ولعل الخلاف الكبير بين مايقوله الحنفية فى هذا الصدد وبين منطق نظرية الظروف الطارئة فى القانون المعاصر هو أنه إذا تغيرت العملة بالانخفاض ، فإنه يتعذر إعمالها فى عمومها ، على الأخص إذا كان البائع قد وفى بكل الالتزامات التى يرتبها البيع عليه . إذ أن تخفيض العملة ، قبل الوفاء بالثمن ، وإن كان من شأنه أن يرتب العسر للبائع وهو الدائن بالثمن ، إلا أنه يتمثل يسراً للمشترى وهو المدين ، ونظريتنا قامت لتناصر المدين وحده لا الدائن . أما عند الحنفية، فيجوز لأى من البائع أو المشترى أن يحاج بتغيير العملة ، ويطلب رد التزامه إلى الوضع العادل الذى يتمشى مع قيمتها وقت البيع .

وواضح أن الفكرة الإسلامية أوسع رحمة وأعم عدلا ، وأخلق بالتالى بالاتباع ، لا سيما فى وقتنا الحاضر الذى بات فيه انخفاض قيمة العملة يسير بمعدلات رهيبة مجحفة كل الإجحاف =

تحل محل القانون بالنسبة إلى عاقديه ، الأمر الذى يدل على أنه ينبذ تلك الفكرة .

وقد سارت محكمة النقض الفرنسية دوماً على عدم تطبيق فكرة الظروف الطارئة ، ولازالت مستقرة على رأيها هذا حتى الآن [١] . وهى فى إصرارها على ذلك . لم تشأ أن تلين أمام اعتبارات العدالة وحسن النية والرفق بالمدين التعس الحظ . تلك الاعتبارات التى نادى بها بعض الفقهاء فى فرنسا كدعامة لتطبيق نظرية الظروف الطارئة . فلم تر فى تلك الاعتبارات مبرراً كافياً لتخويل القاضى سلطة تعديل آثار العقود . لما رأته فى ذلك من قلقلة واضطراب فى الأوضاع الاقتصادية . وإخلال بالائتمان والثقة المشروعة .

وإذا كانت فكرة الظروف الطارئة لم تلق نجاحاً أمام القضاء العادى فى فرنسا . فقد كتب لها النصر مؤزراً أمام قضائها الإدارى . فقد استقر مجلس الدولة الفرنسى على السير عليها . والسبب الذى حدا به إلى ذلك هو رغبته فى استمرار المرافق العامة . لاسيما تلك التى يعهد بإدارتها للأفراد أو للشركات فى أداء خدماتها للجمهور [٢] .

= بالدائنين . ولا ينبغى أن يقف فى سبيل الأخذ بالفكرة الإسلامية لصالح الدائن تمسكنا بتلك الفكرة العتيقة البالية التى باتت خاوية المضمون . وهى فكرة الحفاظ على الثقة فى النقود .

ولعل الفكرة الإسلامية التى يشير بها أبو يوسف فى خصوص تغيير قيمة العملة قبل الوفاء بالدين النقودى . تحفز رجال القانون المعاصر . إلى التفكير ملياً فى توسعة نظرية الظروف الطارئة ، بحيث لا تقتصر فى تطبيقها على المدين وحده ، بل تشمل الدائن أيضاً . عندما يكون من شأن الظرف الطارىء أن يضعف من حقه إلى حد بالغ كبير . وفى انخفاض قيمة العملة إلى الحدود المروعة التى نشاهدها اليوم أبرز مسوغ لما ننادى به .

(١) فالقضاء العادى فى فرنسا يسير على وجه مستقر مطرد ثابت على عدم الأخذ بنظرية الظروف الطارئة . وذلك ابتداء من الحكم الذى أصدرته محكمة النقض فى ٢٦ مارس ١٨٧٦ إلى الآن (راجع نقض فرنسى تجارى ١٨ يناير ١٩٤٩ Gaz. Pal. ١٩٥٠ — ٣٢٠ ، ومنشور أيضاً فى rev. trim ١٩٥٠ رقم ٢٦ ص ١٨) .

(٢) فالعقود الإدارية ، بخلاف العقود المدنية ، تقوم على أداءات تمس الصالح العام . فإذا عهد ، مثلا ، إلى شركة بامتياز تزويد مدينة معينة بالمياه أو بالنور أو بالغاز أو بالمواصلات ، نظير ثمن محدد تتقاضاه ، ثم طرأت ظروف لم تكن متوقعة أدت إلى ارتفاع ثمن تكلفة الخدمة ارتفاعاً كبيراً ، بحيث يتعذر معه أن تستمر الشركة فى أدائها ؛ فى مثل هذه الحالة ، لامفر من سلوك أحد طريقين : إما أن ينفذ العقد بشروطه ، الأمر الذى يهدد الشركة بالخراب ، ويحملها بالتالى =

٢٧٥ — وقد جاء القانون المدنى المصرى القديم على غرار القانون الفرنسى فلم يتضمن نصاً يقضى بإعمال نظرية الظروف الطارئة ، كمبدأ عام . وقد سار القضاء المصرى تحت ظله ، وعلى رأسه محكمة النقض ، على نفس النهج التى سارت عليه محكمة النقض الفرنسية ، فرفض تطبيق تلك النظرية ، فى غير ما صرح القانون بتطبيقها فيه . وذلك حتى بالنسبة إلى مايدخل فى زمرة العقود الإدارية [1] التى كانت تدخل حينذاك فى ولايته [2] .

... أن تكف عن أن تقدم للجمهور الخدمة التى نيط بها تقديمها ، وإما أن تعدل شروط العقد بما يرفع الحرج عن الشركة ، ويمكنها من الاستمرار فى أداء الخدمة المطلوبة منها . وقد فضل مجلس الدولة الفرنسى سلوك الطريق الأخير ، استجابة لداعى الصالح العام ، فأعمل نظرية الظروف الطارئة . ومن أهم القضايا التى طبقت فيها هذه النظرية تلك الخاصة بشركة الغاز فى مدينة « **Bordeaux** » بفرنسا . وتتلخص وقائع هذه القضية فى أن الشركة السابقة التزمت قبل اندلاع الحرب العالمية الأولى بأن تقدم الغاز للجمهور بسعر محدد . وبعد قيام تلك الحرب ارتفع ثمن الفحم الذى يستخدم فى توليد الغاز ارتفاعاً فاحشاً بلغ ثلاثة أمثال ثمنه من قبل . فرأت الشركة نفسها وقد تهددها الخراب . وقد أنقذها مجلس الدولة الفرنسى ، حيث قضى بتعديل آثار العقد تعديلا يتناسب مع السعر الجديد للفحم ، حتى يعيد للعقد التوازن الاقتصادى الذى افتقده نتيجة الظرف الطارئ (انظر مجلس الدولة الفرنسى ٣٠ مارس ١٩١٦ ، سيرى ١٩١٦ — ٣ - ١٧ ، منشور أيضاً فى دالوز ١٩١٦ — ٣ — ٢٥) . وانظر أيضاً فى نفس الاتجاه : مجلس الدولة الفرنسى ٩ ديسمبر ١٩٣٢ سيرى ١٩٣٣ — ٣ — ٣٩ ، ١٥ يوليه ١٩٤٩ ، سيرى ١٩٥٠ — ٣ — ٦١ .

(١) فكرة العقود الإدارية ، باعتبارها متميزة عن العقود المدنية ، لم تنشأ فى مصر إلا بعد إنشاء مجلس الدولة فى ١٩٤٩ . إذ أن أساس نشأتها — وهو ثبوت الاختصاص بنظر المنازعات المتعلقة بها القضاء الإدارى دون القضاء العادى — لم يكن ذا موضوع من قبل .

(٢) ومن أهم القضايا التى عرضت فى مصر ، تحت ظل قانونها القديم ، بشأن نظرية الظروف الطارئة ، تلك الخاصة بتوريد الذرة العويجة لمصلحة الحدود . وتتلخص وقائع هذه القضية فى أن شخصاً تعهد بتوريد كمية من الذرة لمصلحة الحدود ، فى وقت كانت خاضعة فيه للتسعيرة الجبرية ، ثم حدث فى أثناء سريان العقد أن رفعت تلك التسعيرة ، الأمر الذى أدى إلى زيادة سعر الذرة إلى أكثر من الضعف . فامتنع المورد عن الاستمرار فى التوريد متذرعاً بالظرف الطارئ . وقد تجاوبت معه محكمة استئناف مصر ، مقررة وجوب إعمال نظرية الظروف الطارئة ، تمشيا مع اعتبارات العدالة وروح الإنصاف التى تقضى بوجوب مساعدة المدين وانقاذه من الخراب (انظر استئناف مصر ٩ أبريل سنة ١٩٣١ ، المحاماة س ١٢ رقم ٤١ ص ٦٣ . وانظر تعليقاً على هذا الحكم لحامد زكى فى مجلة القانون والاقتصاد س ٢) . وقد جاء فى هذا الحكم : « أنه وإن كان من المقرر احترام العقود باعتبارها قانون المتعاقدين ، ما دام لم يصبح تنفيذها مستحيلا ...

ولقد حرص القانون المدنى المصرى الحالى على أن يصرح بتبنيه نظرية الظروف الطارئة ، كمبدأ عام شامل ، فتضمن نصاً خاصاً يقررها فيه ، هو نص المادة ١٤٧ / ٢ ، على نحو ماسبق لنا أن بيناه [١] .

٢٧٦ – شروط تطبيق الظروف الطارئة :

يلزم ، لتطبيق نظرية الظروف الطارئة ، توافر الشروط الستة الآتية :

أولا – يجب أن يقع حادث استثنائى : والمقصود بالحادث الاستثنائى ذاك الذى يندر حصوله ، بحيث يبدو شاذاً بحسب المألوف من شئون الحياة ،

= استحالة مطلقة لحادث قهرى ، إلا أنه يجب أن يكون ذلك مقيداً بمقتضيات العدالة وروح الإنصاف . فإذا طرأت عند التنفيذ ، ظروف لم تكن فى حسبان المتعاقدين وقت التعاقد ، من شأنها أن تؤثر على حقوق الطرفين وواجباتهما ، بحيث تخل بتوازنها فى العقد إخلالا خطيراً ، وتجعل التنفيذ مرهقاً (للمدين) ، لدرجة لم يكن يتوقعها بحال من الأحوال ، فإنه يكون من الظلم احترام العقد فى هذه الظروف ، ويجب عدلا العمل على مساعدة المدين وإنقاذه من الخراب ... » . ولم يقدر لهذا الحكم الجرىء الرائع أن يستقر ، فقد ألغته محكمة النقض (نقض ٢٤ يناير سنة ١٩٣٢ ، المجموعة الرسمية س ١٩٣٢ رقم ١١٠ ص ٢١٠ ، ومنشور أيضاً فى مجموعة عمر ١ رقم ٣٢ ص ٥٢) ، قاضية بأن نظرية الظروف الطارئة ، برغم أنها تقوم على أساس من العدل والعفو والإحسان ، إلا أنه لا يجوز الأخذ بها فى غير الحالات التى نص القانون على تطبيقها فيها ، وأنه لا يجوز للقضاء أن يستبق المشرع إلى ابتداعها كنظرية عامة شاملة .

وانظر أيضاً من أحكام القضاء المصرى التى رفضت الأخذ بنظرية الظروف الطارئة قبل سريان القانون المدنى الحالى ، استئناف مختلط ٣١ مارس ١٩٢٤ ، س ٣٦٧ ص ٢٨٠ . وقد أنكر هذا الحكم على شركة مياه الإسكندرية الحق فى طلب زيادة مقابل توزيع المياه على جمهور المشتركين ، استناداً إلى ارتفاع التكلفة ارتفاعاً كبيراً . وانظر كذلك الإسكندرية المختلطة ٦ مايو ١٩٢٦ (الجازيت س ١٦ ص ٢٢٥) . وقد قضى هذا الحكم أن القانون المصرى يجهل نظرية الظروف الطارئة ، وأن مهمة المحاكم تنحصر فى تفسير العقود والعمل على احترامها . وانظر أيضاً نقض مدنى ١٥ يناير ١٩٤٧ ، المحاماة س ٢٢ رقم ٢٣٨ ص ٦٨٣ . وقد جاء فى هذا الحكم أن الشارع أراد أن يستبقى فى يده زمام نظرية الظروف الطارئة ، فيتدخل متى شاء وقت الحاجة ، وبالقدر المناسب . ولهذا فليس للقضاء أن يسبق الشارع إلى ابتداع هذه النظرية ، بل عليه أن يطبق القانون كما هو . وخلصت المحكمة إلى أن الحكم المطعون فيه الذى يرفض القضاء بفسخ العقد ، بالرغم من أن ظروف الحرب العالمية الثانية وطوارئها قد جعلت التزام العاقد عسيراً عليه مرهقاً له ، لا يكون مخطئاً فى تطبيق القانون .

(١) راجع ما سبق ، نبذة ٢٧١ .

فلا يعول الرجل العادى عليه ولايدخل فى حسبانه ، كالحروب والزلازل والحرائق وانتشار الأوبئة والسيول العنيفة وغارات الجراد والتهام المحصول بالدود بشكل غير معهود وفرض التسعيرة الجبرية ورفعها ، إلى غير ذلك كله من النوازل والأحداث .

وليس يلزم أن يكون الحدث الاستثنائى قد وقع نتيجة فعل الطبيعة أو نتيجة أية واقعة مادية أخرى ، بل إنه يعتبر كذلك وينهض بالتالى سبباً لتطبيق نظرية الظروف الطارئة . حتى لو كان ناجماً عن صدور تشريع جديد . كما هو الشأن على الأخص بالنسبة إلى صدور قانون الإصلاح الزراعى فى عام ١٩٥٢ ، وما ترتب عليه من انخفاض شديد فى سعر الأراضى الزراعية الأمر الذى جعل الالتزام بدفع الثمن . فى البيوع التى تمت من قبل . شديد الإرهاق بالمشترين [١] .

ثانياً — يلزم أن يكون الحادث عاماً : فلا يكفى ، لتطبيق نظرية الظروف الطارئة ، أن يكون الحادث الاستثنائى الذى وقع خاصاً بالمدين وحده [٢] .

(١) انظر : نقض ١٩٦٣/١/٣ طعن ٢٦/٢٦٣ ق مجموعة النقض س ١٤ ص ٣٧ رقم ٣ . وقد جاء فى هذا الحكم أن « الشروط التى يتطلبها القانون فى الحادث الطارىء قد توافرت فى قانون الإصلاح الزراعى رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ . فهو بحكم كونه قانوناً يعتبر حادثاً عاماً ، كما انه حادث استثنائى لم يكن فى الوسع توقعه ولا ممكناً دفعه . ولا يغير من ذلك كونه تشريعاً . ذلك أن نص المادة ٢/١٤٧ من القانون المدنى قد أطلق التعبير عن الحادث ، فلم يقيده بأن يكون عملا أو واقعة مادية . والنتيجة التى رتبها القانون رقم ٤٥٢ لسنة ١٩٥٣ — وما تضمنته مذكرته الإيضاحية — لا يمكن تفسيرها إلا على أساس اعتبار قانون الإصلاح الزراعى ظرفاً طارئاً . وانظر فى نفس الاتجاه : نقض ١٩٦٢/١٢/٢٠ طعن ٢٧/٢٤٠ ق مجموعة النقض س ١٣ ص ١١٧٤ رقم ١٨٦ — نقض ١٩٧٣/٥/٢٢ طعن ٣٨/٢١١ ق مجموعة النقض س ٢٤ ص ٧٩٩ رقم ١٤٠ — نقض ١٩٦٤/٧/٢ طعن ٢٩/١٨٧ ق مجموعة النقض س ١٥ ص ٨٩٥ رقم ١٣٩ — نقض ١٩٦٤/٣/٢٦ مجموعة النقض س ١٥ ص ٤٠٩ — نقض ١٩٦٥/٢١/٨ مجموعة النقض س ١٦ ص ١٩١ .

(٢) ولم يكن شرط العمومية فى الحادث الطارىء منصوصاً عليه فى المادة ٢/٢١٣ من المشروع التمهيدى ، التى أصبحت بعد شىء من التعديل المادة ٢/١٤٧ من القانون . فهو قد أضيف فى لجنة المراجعة . وقد جاء فى تبرير ذلك أن « الحوادث الاستثنائية ينبغى ألا تكون خاصة بالمدين ، بل يجب أن تكون عامة شاملة لطائفة من الناس كفيضان عال غير منتظر يكون قد أغرق مساحة واسعة من الأرض أو غارة غير منتظرة لجراد أو انتشار وباء (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢٨٢) .

مهما كانت فداحته . أو خاصاً به وبقله من الناس . فلا يسوغ للمدين مثلا . أن يتذرع . فى سبيل الوصول إلى تعديل آثار العقد ، بمرض أصابه أو بموت ابنه أو بحريق التهم داره وحدها . وإنما لايلزم بالضرورة أن يكون الحدث شاملا للناس جميعهم . فكل مايتطلب هنا هو أن يكون المدين قد شارك غيره من جمهرة الناس فى كونه ضحية الحادث الذى وقع . فالحريق الذى يلتهم مدينة ، مثلا ، أو حياً منها يمكن أن يعتبر ظرفاً طارئاً ، وكذلك الشأن بالنسبة إلى الحادث الذى يلحق طائفة معينة من التجار أو منتجى إحدى السلع .

ثالثاً — يتوجب أن يكون الحادث غير متوقع الحصول عند إبرام العقد : فنظرية الظروف الطارئة . كنظرية القوة القاهرة تماماً ، لاتكون إلا بالنسبة للأحداث التى لم تكن فى الحسبان ولم يكن فى الوسع توقعها عند إبرام العقد . ويتخذ هنا معيار موضوعى قوامه الرجل المعتاد . وليس معياراً ذاتياً قوامه نفس المتعاقد الذى يتمسك بالنظرية [1] . فلو أن حرباً . مثلا ، كانت وشيكة الوقوع عند إبرام العقد ، بحيث كان الرجل المعتاد . يتوقع حينئذ اندلاعها . ما اعتبرت ظرفاً طارئاً إذا ما اندلعت . إلا بالنسبة إلى ماترتبه من نتائج غير متوقعة . وذلك حتى لو كان المدين نفسه لم يتوقع نشوبها [2] .

وكون الحدث متوقعاً أو غير متوقع مسألة واقع ، تخضع فى تقديرها

---

(١) انظر : نقض ١١/١١/١٩٦٩ طعن ٣١٧/٣٥ق مجموعة النقض س ٢٠ ص ١١٩٣ رقم ١٨٤ . وقد جاء فى هذا الحكم أن « شرط تطبيق المادة ٢/١٤٧ أن يكون الحادث الطارىء غير متوقع الحصول وقت التعاقد ، بحيث لا يكون فى مقدور الشخص العادى أن يتوقع حصوله لو وجد فى ظروف المدين وقت التعاقد بصرف النظر عن توقع المدين فعلا حصول الحادث الطارىء أو عدم توقعه » . وانظر أيضاً : نقض ٨/١١/١٩٥١ قضية ١٩/٧٤ق مجموعة النقض س ٣ ص ٢٦ رقم ٥ . وتتلخص وقائع الدعوى التى صدر فيها هذا الحكم فى أن شخصاً أبرم مع الحكومة عقد توريد أغذية للمدارس أثناء الحرب العالمية الثانية ، ثم ارتفع سعر اللحوم ٧ مليمات للرطل الواحد ، فتمسك بنظرية الظروف الطارئة . ورفضت محكمة الموضوع دعواه . تأسيساً على أن رفع السعر أثناء قيام الحرب حدث متوقع . وباركت محكمة النقض ذاك القضاء من محكمة الموضوع .

(٢) ولكن إذا بلغ المدين من الفطنة حدا جعله ، بخلاف غيره من سواد الناس ، يتوقع حصول الحادث عند إبرام العقد، ما استطاع أن يفيد من تطبيق نظرية الظروف الطارئة ، بحجة أن الرجل المعتاد لم يتوقع الحادث . لأنه لا يسوغ له أن يتأذى من حصول أمر كان يحتمل هو وقوعه . ودخل بذلك فى اعتباره ، حينما ارتضى العقد .

لقاضى الموضوع ، بدون معقب عليه فى تقديره لمحكمة النقض . مادام ينبنى على أسباب سائغة من شأنها أن تحمله [١] .

رابعاً — يلزم أن يكون الحدث غير ممكن تفاديه أو دفعه : فلو أن حدثاً استثنائياً قد وقع ، ولكنه كان من الممكن تفاديه ، أو كان من الممكن درء النتائج المترتبة عنه . ببذل الجهد المعقول ، ماأفلح سبباً لتطبيق نظرية الظروف الطارئة ، شأنها فى هذا شأن نظرية القوة القاهرة تماماً . إذ أن المدين هنا يعتبر مقصراً ، ولايستطيع أن يحمل دائنه نتائج تقصيره . ومعيار تحديد كون الحدث ممكن تفاديه أو دفعه هو معيار موضوعى مجرد أساسه الرجل العادى ، وليس معياراً ذاتياً قوامه المدين نفسه . ثم أن هذه المسألة هى مسألة واقع تدخل فى رحاب سلطة قاضى الموضوع التقديرية .

خامساً — يلزم أن يقع الحدث بعد إبرام العقد وقبل تمام تنفيذه : فالسمة الأساسية التى يتصف بها الحدث الذى يخول تطبيق نظريتنا هو أن يكون طارئاً ، بمعنى أن يقع بعد إبرام العقد وقبل تمام تنفيذه . فإن كان الحدث قد وقع قبل إبرام العقد . مانهض سبباً لتعديل آثاره . إذ المفروض هنا أن المتعاقدين قد علما به [٢] ، وارتضيا العقد على اعتبار وجوده . وكذلك لاتنطبق نظريتنا إذا كان الحدث قد وقع بعد تنفيذ العقد بالنسبة إلى كل آثاره [٣] . فإن كان العقد ، عند وقوع الحدث ، قد تنفذ بالنسبة إلى بعض آثاره دون بعضها الآخر ، سرت النظرية بالنسبة إلى القدر الذى لم يتنفذ منه ،

---

(١) انظر : نقض ١١/١١/١٩٦٩ ونقض ٨/١١/١٩٥١ . وقد سبقت الإشارة إلى هذين الحكمين .

(٢) على أنه إذا كان الحادث قد وقع قبل إبرام العقد ، على غير علم من المتعاقد ، كان هذا أن يفيد من تطبيق نظرية الظروف الطارئة ، لوجود المبرر الذى دعا إليها .

(٣) انظر : نقض ٢٠/١٢/١٩٦٢ طعن ٢٤٥/٢٧ق مجموعة أحكام النقض س ١٣ ص ١١٧٩ رقم ١٨٧ . وقد قضى هذا الحكم بأن نظرية الظروف الطارئة « تنطبق عندما يكون الحادث قد طرأ فى فترة من الزمن تفصل بين إبرام العقد وتنفيذ الالتزام الذى رتبه . فإن كان الالتزام قد نفذ فإنه ينقضى ، وعندئذ يمتنع انطباق نظرية الحوادث الطارئة . لأنها إنما ترد على التزام قائم لم ينفذ بعد » .

دون ذاك الذى تنفذ . مع ملاحظة أنه إذا كان تراخى المدين فى الوفاء بالتزامه إلى مابعد طروء الحادث راجعاً إلى تقصيره ، فإنه لايفيد بالضرورة من نظرية الظروف الطارئة [١] ، لأنه لايحق للمدين أن يفيد على حساب دائنه من خطأ يكون قد ارتكبه إزاءه . وكذلك لايجوز إعمال النظرية إذا كان وقوع الحادث الطارئ بعد منح نظرة الميسرة من القاضى .

وإذا كان شرط إعمال نظرية الظروف الطارئة أن يكون التزام المدين قائماً فى كله أو فى بعضه عند طروء الحدث (باستثناء حالتى التقصير ونظرة الميسرة) ، فإنه لايهم بعد ذلك أن يكون الالتزام المقابل متراخياً تنفيذه بدوره أم أنه قد تنفذ بالفعل [٢] .

سادساً — يلزم أن يكون من شأن الحدث الذى وقع أن يجعل تنفيذ الالتزام بالغ الإرهاق للمدين . وليس المقصود بهذا الشرط أن يصبح تنفيذ الالتزام ثقيلا . بحيث يرتب للمدين الضيق العادى المألوف ، وإنما المقصود به هو أن يكون من شأن الحدث الذى وقع أن يجعل تنفيذ الالتزام بالغ الإرهاق

(١) انظر : نقض ١٩٦٤/٣/٢٦ طعن ٢٩/٣٦٨ق مجموعة النقض س ١٥ ص ٤٠٩ رقم ٦٧ . وقد جاء فى هذا الحكم « أنه لا يجوز إعمال حكم الظروف الطارئة على الأقساط (أقساط الثمن) التى تكون قد حلت قبل وقوع الحادث الطارىء وقصر المدين فى الوفاء بها حتى وقع الحادث ، ذلك أنه يشترط لتطبيق النظرية ألا يكون تراخى تنفيذ الالتزام إلى ما بعد وقوع الظرف الطارىء راجعاً إلى خطأ المدين . وانظر أيضاً : نقض ١٩٦٣/١/٣ ، مجموعة النقض س ١٤ ص ٣٧ رقم ٣ .

(٢) فلو أن بيعاً قسط فيه الثمن ، مثلا ، وطرأ الحادث قبل الوفاء ببعض الأقساط الأخيرة ، ونجم عنه أن بات أداؤها من المشترى بالغ الإرهاق به ، حق لهذا الأخير أن يتمسك بنظرية الظروف الطارئة فى شأن تلك الأقساط ، حتى لو كان البائع نفسه قد وفى بالفعل كل الالتزامات التى يفرضها البيع عليه . انظر فى هذا الاتجاه : نقض ١٩٦٣/٢/٢١ طعن ٢٨/٢٥٩ق مجموعة النقض س ١٤ ص ٣٤٧ رقم ٥٥ . وقد جاء فى هذا الحكم انه : « لا يشترط فى تطبيق المادة ٢/١٤٧ مدنى أن تكون الالتزامات المتبادلة متراخية التنفيذ على وجه التقابل إلى ما بعد الحادث الطارىء ، بل يكفى وجود التزام على أحد العاقدين متراخى التنفيذ إلى ما بعد الحادث الطارىء ، ثم صار مرهقاً للمدين ، دون ما اعتبار لكون الالتزام المقابل قد تم تنفيذه أو كان تنفيذه متراخياً كذلك » .

والعنت للمدين ، بحيث يهدده بخسارة فادحة غير معتادة [١] . فكما أنه يلزم فى الحدث الذى يصلح دعامة لتطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يكون استثنائياً بالنسبة إلى ذات طبيعته ، يلزم أيضاً أن يكون استثنائياً بالنسبة إلى أثره على تنفيذ الالتزام . وتقدير مدى مايرتبه الحدث من إرهاق للمدين مسألة موضوعية ، يستقل بها قاضى الموضوع من غير تعقيب عليه من محكمة النقض ، طالما استند فى حكمه على أسباب تسوغه عقلا ومنطقاً [٢] .

وإذا لزم أن يكون من شأن الحدث أن يجعل للالتزام بالغ الإرهاق للمدين ، فيجب ، لتطبيق نظريتنا ، أن يقف عند هذا الحد . فإن تعداه ووصل إلى جعل تنفيذ الالتزام مستحيلا ولو جزئياً ، فإنه لايكون سبباً لتطبيق نظرية الظروف الطارئة ، وإنما ينهض سبباً لتطبيق نظرية أخرى أقوى وأشد ، هى نظرية القوة القاهرة ، التى من شأن إعمالها أن ينقضى الالتزام كلية ، فى حين أن أثر نظريتنا يقتصر على تخفيف عبء الالتزام عن المدين فحسب ، وذلك برده إلى الحد المعقول [٣] .

---

(١) انظر نقض مدنى ١٩٦٣/١/٣ ، مجموعة النقض س ١٤ ص ٣٧ السابقة الإشارة إليه . وقد جاء فى هذا الحكم أنه « . . . يشترط فى الإرهاق الذى يصيب المدين فى تنفيذ التزامه من جراء الحادث الطارىء أن يكون من شأنه تهديده بخسارة فادحة . فالخسارة المألوفة فى التعامل لا تكفى لإعمال حكم الظروف الطارئة » . وانظر فى نفس المعنى: نقض ١٩٦٣/٣/٢١ ، مجموعة النقض س ١٤ ص٣٤٧ السابقة الإشارة إليه . وانظر أيضاً : نقض ١٩٦٢/٥/١٠ طعن ٣٥٩/٢٦ ق مجموعة النقض س ١٣ ص ٦٢٩ رقم ٩٥ — نقض ١٩٦٤/٧/٢ مجموعة النقض س ١٥ ص ٨٩٥ — نقض ١٩٧٧/٣/١ طعن ٤٣/٥٨٠ ق مجموعة النقض س ٢٨ ص٦٠٠ رقم ١١٠ .

(٢) انظر : نقض ١٩٧٣/٣/١ مجموعة النقض س٢ ص٦٠٠ السابقة الإشارة إليه — نقض ٦٨/١٢/١٢ طعن ٣٤/٤٧٥ ق مجموعة النقض س ١٩ ص ١٥٢١ رقم ٥٣٢ —نقض ١٩٦١/١٢/٧ طعن ٢٦/١٠٦ق مجموعةالنقض س١٢ ص٧٥٢ رقم١٢٥. وانظر أيضاًاستئناف الكويت تجارى — الدائرة — ٣—٢٩/٤/١٩٧٨، استئناف رقم ١٠٢٥و١٠٢٦/٧٧ تج . وقد قضى هذا الحكم بأن حرب أكتوبر ١٩٧٣ بين العرب وإسرائيل وما أعقبها من رفع أسعار البترول تعد حادثاً استثنائياً عاماً لم يكن فى الوسع توقعه من شأنه أن يتيح إعمال نظرية الظروف الطارئة . كما قضى الحكم بأن تأثر الصفقة محل النزاع بالظرف الطارىء هو مما يدخل فى السلطة التقديرية لقاضى الموضوع .

(٣) هكذا يتركز الاختلاف الأساسى بين نظرية الظروف الطارئة ، من ناحية ، وبين نظرية القوة القاهرة ، من ناحية أخرى ، فى الأمرين الآتيين : (الأول) يكتفى فى الحادث =

يظهر مما سبق أنه يلزم ، لتطبيق نظرية الظروف الطارئة ، أن يكون من شأن الحدث الذى وقع أن يجعل تنفيذ الالتزام بالغ الإرهاق للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة ، دون أن يصل إلى حد جعل هذا التنفيذ مستحيلا . ويراعى ، فى توافر هذا الشرط ، معيار موضوعى مجرد يتعلق بالصفقة ذاتها ، دون نظر إلى شخصية المدين وظروفه الخاصة . فعلى القاضى أن يقصر النظر على ذات العقد الذى يطلب منه تعديل حكمه ، وأثر الظرف الطارئ على تنفيذه ، من إحداث اختلال فى التوازن الاقتصادى بين الالتزامات المترتبة على كل من طرفيه ، دون اعتداد بعد ذلك بظروف المدين الخاصة من حيث إنها تمكنه من تنفيذ الالتزام أو لاتمكنه [1] . ودون اعتداد كذلك بظروف الدائن من العسر أو اليسر . فلو أن شركة مثلا ، التزمت بإنارة مدينة بالكهرباء ، فى مقابل ثمن معين تتقاضاه من الجمهور ، ثم طرأ حدث استثنائى عام غير متوقع أدى إلى ارتفاع باهظ فى ثمن التكلفة ، كان للشركة أن تطلب رد التزامها إلى الحد المعقول ، تطبيقاً لنظرية الظروف الطارئة ، حتى لو كانت قد بلغت من الثراء حداً يمكنها من الاستمرار فى تنفيذ التزامها دون تخفيف . ولو أن شخصاً تعهد ، مثلا ، بتوريد كمية من القمح بسعر معين ، طوال مدة محدودة ، ثم نشبت خلال هذه المدة حرب أدت إلى ارتفاع سعر القمح إلى ضعفين أو ثلاثة ، كان له أن يفيد ، بالنسبة إلى المستقبل ، من تطبيق نظرية الظروف الطارئة ، حتى لو كان له من المال مايمكنه من الاستمرار

= الذى ينهض سبباً لتطبيق النظرية الأولى أن يكون من شأنه أن يجعل تنفيذ الالتزام بالغ الإرهاق للمدين ، دون أن يصل إلى جعل هذا التنفيذ مستحيلا . أما فى تطبيق نظرية القوة القاهرة ، فيلزم أن يكون من شأن الحدث الذى وقع أن يؤدى إلى جعل تنفيذ الالتزام مستحيلا استحالة مطلقة ، ولو بالنسبة إلى جزء منه . (الثانى) يترتب على تطبيق نظرية الظروف الطارئة أن يخفف القاضى عبء الالتزام عن المدين ، بأن يرده إلى الحد العادل المعقول . فى حين أن تطبيق القوة القاهرة يؤدى إلى انقضاء الالتزام كلية ، وبالتالى إلى براءة ذمة المدين منه تماماً .

(١) انظر : نقض ١٩٧٧/٣/١ — نقض ١٩٦٨/١٢/١٢ — نقض ١٩٦٤/٧/٢ . وقد سبقت الإشارة إلى تلك الأحكام . وانظر كذلك نقض ١٩٦٤/٣/٢٦ طعن ٣٦٨/٢٩ق مجموعة النقض س١٥ ص ٤٠٩ رقم ٦٧—نقض١٩٦٣/١/٣ طعن٢٦٣/٢٦ق مجموعة النقض س ١٤ ص ٣٧ رقم ٣ — نقض ١٩٧٧/٣/١ ، مجموعة النقض س ٢٨ ص ٦٠٠ رقم ١١٠ .

فى توريد القمح بالسعر المتفق عليه إلى نهاية المدة . بل حتى لو كان قد خزن قبل اندلاع الحرب قمحاً يكفى لذلك ، وذلك ما لم يكن هذا التخزين قد تم إعمالاً لشرط فى العقد يقضى به .

وإذا توجب ، عند تقدير شرط الإرهاق ، عدم الاعتداد بظروف المدين أو الدائن الشخصية . فإنه يلزم على النقيض من ذلك الاعتداد بظروف الصفقة ذاتها كما إذا صدر قانون يعوض المدين عن الخسارة التى لحقته من جراء الحادث الطارئ (١) .

٢٧٧ — مدى سريان نظرية الظروف الطارئة :

رأينا ، فيما سبق ، أن من شروط إعمال نظرية الظروف الطارئة أن يطرأ الحدث الاستثنائى العام غير المتوقع وغير الممكن تداركه ولا دفعه بعد إبرام العقد ، وقبل تمام تنفيذه . فمن الأهمية بمكان أن يكون وقوع الحدث قبل تمام تنفيذ العقد . فإذا كان العقد قد تنفذ فى كله أو فى بعضه قبل طروء الحدث ، ماسرت نظريتنا فى صدده ، أو فى صدد ما تنفذ من الالتزامات المتولدة عنه .

وإذا توجب لإعمال نظرية الظروف الطارئة أن يقع الحدث الطارئ قبل تمام تنفيذ العقد ، فلا أهمية بعد ذلك للسبب الذى جعل هذا التنفيذ يتراخى ، فى كله أو فى بعضه، إلى ما بعد وقوعه . فسواء أن يكون تراخى تنفيذ العقد إلى ما بعد وقوع الحدث ناجماً عن ذات طبيعة العقد، أم أنه جاء نتيجة إرادة العاقدين ذاتها. فكل مايتطلبه القانون فى هذا الخصوص أن يقع الظرف الطارئ بعد إبرام العقد وقبل تنفيذه .

---

(١) على أن الظرف الذى يلحق الصفقة ذاتها لا يمنع من إعمال نظرية الظروف الطارئة إلا إذا كان من شأنه أن يرفع الإرهاق عن المدين كلية . أما إذا كان من شأن هذا الظرف أن يخفف الإرهاق فحسب ، فإنه لا يمنع من تطبيق النظرية ، وإنما يضيق من الأثر المترتب عليها . انظر فى هذا الصدد نقض ١٩٦٤/٣/٢٦ طعن ٣٦٨/٢٩ق مجموعة النقض س ١٥ ص ٤٠٩ رقم ٦٧ . وقد قضى هذا الحكم بأن صدور قرار من مجلس الوزراء بمنح بعض التسهيلات لمشترى أراضى الحكومة لايمنع من إعمال نظرية الظروف إذا ما ثبت أن تلك التسهيلات لم تجد فى رد التزامه المرهق إلى الحد المعقول .

فمن العقود ماتقتضى طبيعتها ذاتها أن يأتى تنفيذها على مراحل زمنية متعاقبة تتوالى على مر الأيام ، وهذا هو شأن العقود المستمرة أو الزمنية أو عقود المدة كما يطلق عليها أحياناً ، كعقد الإيجار وعقد العمل وعقد التوريد وعقد المقاولة وعقد التزام المرافق العامة . ولاصعوبة فى مثل هذا النوع من العقود، حيث إنه من المسلم سريان نظرية الظروف الطارئة فى شأنها، بالنسبة إلى مايجىء تنفيذه من الالتزامات المتولدة عنها بعد طروء الحدث الاستثنائى العام .

ولكن الصعوبة قد ثارت فى خصوص النوع الآخر من العقود . ونعنى بها تلك التى تقتضى طبيعتها ذاتها أداء الالتزامات المتولدة عنها فور إبرامها : وهى مايطلق عليها العقود الفورية ، ومثالها الفذ عقد البيع . فإذا اقتضت طبيعة هذه العقود أن يتم تنفيذها فور إبرامها ، فإنه لايوجد ثمة مايمنع من أن يتفق العاقدان على إرجاء تنفيذ الالتزامات المتولدة عنها ، فى كلها أو فى بعضها ، إلى تاريخ لاحق . بل وكثيراً مايحصل مثل هذا الاتفاق فى العمل . كما إذا رتضى المتبايعان منح المشترى أجلا للوفاء بالثمن فى كله أو فى بعضه، أو اتفقا على قيام المشترى بدفع الثمن على أقساط . فإذا حصل مثل هذا الاتفاق ومنح المشترى ، مثلا ، أجل للوفاء بالثمن ، أو قسط هذا الثمن عليه ، ثم طرأ الحدث فى الفترة مابين إبرام البيع وحلول الأجل بالنسبة إلى الثمن أو بعض أقساطه ، فهل يحق للمشترى أن يحاج بنظرية الظروف الطارئة بغية تخفيف الالتزام عليه ، بعد أن صار شديد الإرهاق به ؟

لقد ثار هذا التساؤل بالفعل ، عقب صدور قانون الإصلاح الزراعى رقم ١٧٨ لسنة ١٩٥٢ . فقد كان من شأن هذا القانون هبوط أسعار الأراضى الزراعية إلى حد بالغ ، نتيجة بيع أراضى الاقطاعيين بأثمان زهيدة ، من ناحية ، ونتيجة تحديد أجرة تلك الأراضى على نحو مخفض لايتجاوز سبعة أمثال الضريبة المقررة عليها ، من ناحية أخرى . وهنا رأى الأشخاص الذين كانوا قد اشتروا بالفعل أراضيهم قبل صدور ذلك القانون ، ولم يدفعوا بعد أثمانها أو بعض أقساطها ، فى مركز بالغ الحرج . إذ أن تلك الأثمان باتت ، بمقارنتها

بالأسعار الحالية للأراضى ، شديدة الارتفاع ، بحيث إن أداءها بمقدارها المتفق عليه يتمثل إرهاقاً كبيراً للمشترين . فجاء بعض هؤلاء وتمسكوا بنظرية الظروف الطارئة ، مطالبين بتخفيض الثمن المؤجل أو ماتبقى من أقساطه إلى الحد العادل الذى يرفع عنهم العنت والحرج . فهل يجابون إلى مطلبهم ؟

انقسم القضاء فى هذا الخصوص رأيين . فقضت بعض المحاكم بعدم سريان نظرية الظروف الطارئة فى حالتنا [1] . واستند هذا النظر إلى الحجج الآتية :

١ — تقتضى طبيعة النظرية ذاتها أن تكون الالتزامات المتبادلة بين الطرفين كلبهما متراخية التنفيذ . لا أن يتراخى تنفيذ التزام أحد العاقدين وحده ، حالة كون العاقد الآخر قد وفى بالفعل التزاماته .

٢ — إذا كان من مقتضى العقد أن يؤدى المدين التزامه فور إبرامه . وجاء الدائن واتفق معه على منحه أجلا للوفاء به . فإن العدالة تأبى أن يضار الدائن نتيجة ذلك . فهو قد منح المدين أجلا بقصد التيسير عليه . فلا يسوغ أن يجازى بإلحاق الضرر به .

٣ — نظرية الظروف الطارئة نظرية استثنائية . إذ هى تنهض قيداً على مبدأ أن العقد شريعة المتعاقدين . والاستثناء لايتوسع فى تفسيره .

وبرغم ماقد يظهر من قوة الحجج التى استند إليها الرأى القائل بعدم سريان نظرية الظروف الطارئة على العقود التى يتراخى تنفيذ الالتزامات المتولدة عنها بمخالفة ذات طبيعتها . وإنما إعمالا لإرادة عاقديها فحسب . فإن هذا الرأى لم يسد . وسار القضاء فى مجموعه . وعلى رأسه محكمة النقض . على الرأى العكسى . موسعاً من نطاق إعمال نظرية الظروف الطارئة . على النحو الذى يجعلها سارية حتى على العقود التى يتراخى تنفيذ الالتزامات المتولدة عنها بفعل إرادة عاقديها وحدها . وقد أعمل القضاء هذه التوسعة فى

---

(١) انظر استئناف القاهرة ٢٥/٢/١٩٥٦ مشار إليه فى نقض ٣/١/١٩٦٣ ، مجموعة النقض س ١٤ ص ٣٧ رقم ٣ .

شأن البيع المقسط فيه الثمن ، بالنسبة إلى الأقساط التي تحل بعد طروء الحدث[1] ، لا بالنسبة إلى تلك التي حلت قبله .

والنظر الذي استقر عليه القضاء هو الذي يتمثل لنا صواباً . فالمادة ١٤٧ / ٢ تملي نظرية الظروف الطارئة في شكل عام مطلق ، غير متطلبة لإعمالها أن يكون الالتزام الذي بات شديد الإرهاق بالمدين قد تراخى تنفيذه لسبب أو لآخر . والمطلق يؤخذ على إطلاقه ، مالم يقم الدليل على تقييده[2] .

---

(١) انظر : نقض ١٩٦٣/١/٣ ، مجموعة النقض س ١٤ ص ٣٧ رقم ٣ — نقض ١٩٦٣/٣/٢١ ، مجموعة النقض س ١٤ ص ٣٤٧ رقم ٥٥ — نقض ١٩٦٢/١٢/٢٠ مجموعة النقض س ١٣ ص ١١٧٤ رقم ١٨٦ — نقض ١٩٦٤/١/٣ مجموعة النقض س ١٥ ص ٤٠٩ رقم ٦٧ — نقض ١٩٧٤/٧/٢ ، مجموعة النقض س ٢٥ ص ٨٩٥ . نقض ١٩٦٥/٢/١٨ ، مجموعة النقض س ١٦ ص ١٩١ رقم ٣٠. وانظر كذلك محكمة القضاء الإدارى ١٩٦٠/٧/١٤ ، مجموعة عبد المنعم حسن ، تحت كلمة (التزام) المادة ١٤٧/٢ رقم ١٨ — محكمة القضاء الإدارى ١٩٦٢/٦/١٩ ، المرجع السابق رقم ٢٤ . وانظر فى نفس الاتجاه : السنهورى ، تطبيق نظرية الظروف الطارئة على عقود البيع المبرمة قبل قانون الإصلاح الزراعى ، مقال منشور فى المحاماة سبتمبر ١٩٦٠ ص ١٠٧ — وانظر أيضاً : محمد عبد الجواد ، مجال تطبيق نظرية الظروف الطارئة . المحاماة س ٣١ ص ١٨٨ .

(٢) انظر فى هذا الاتجاه : نقض ١٩٦٣/١/٣ السابقة الإشارة إليه . وقد جاء فى هذا الحكم أنه : « وإذ يبين من هذا النص (نص المادة ١٤٧/٢) أن المشرع قد أطلق التعبير بالالتزام التعاقدى ، دون أن يخصص نوعاً من الالتزام التعاقدى بعينه ، وإنما أورد النص عاماً بحيث يتسع لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة على جميع العقود التى يفصل بين إبرامها وبين تنفيذها فترة من الزمن ، يطرأ خلالها حادث استثنائى عام غير متوقع يؤدى إلى جعل تنفيذ الالتزام مرهقاً للمدين ، فإن هذه النظرية تنطبق على عقود المدة ذات التنفيذ المستمر أو الدورى ، كما تنطبق على العقود الفورية التى يتفق فيها على أجل لاحق لتنفيذ بعض التزامات العاقدين ، لتحقق حكمة التشريع فى الحالتين ، وهى إصلاح ما اختل من التوازن الاقتصادى للعقد فى الفترة ما بين إبرامه وتنفيذه ، نتيجة للظروف الاستثنائية التى طرأت خلال هذه الفترة ، وذلك برفع العنت عن المدين تمكيناً له من تنفيذ التزامه دون إرهاق كبير . وهذا الإرهاق كما يحدث فى الالتزامات التى تنفذ بصفة دورية أو مستمرة ، يحدث كذلك فى الالتزامات المؤجلة التنفيذ . على أنه يشترط لتطبيق نظرية الحوادث الطارئة ألا يكون تراخى تنفيذ الالتزام إلى ما بعد وقوع الحادث الطارىء راجعاً إلى خطأ المدين . إذ لا يجوز له أن يستفيد فى هذه الحالة من تقصيره . . . » . وانظر فى نفس الاتجاه نقض ١٩٦٥/٢/١٨ السابقة الإشارة إليه . وقد أورد هذا الحكم نفس العبارة التى سردناها حالا من حكم ١٩٦٣/١/٣ فيما عدا شطرها الأخير ، ثم زاد عليها قوله : « ولا يقدح فى تطبيق =

وفضلا عن ذلك ، فنظريتنا ، إن نهضت استثناء على قاعدة أن العقد شريعة المتعاقدين ، فهى تستهدف الرحمة بمدين تعس الحظ . وليس ينبغى علينا أن نضيق من أبواب الرحمة على التعساء . وزيادة على كل ماتقدم ، فأكثر ما يمكن أن يقال فى حالتنا إن ثمة شكاً فيما إذا كان المشرع قد أراد قصر إعمال النظرية على العقود الزمنية ، أم إنه أراد أن يجعلها سارية حتى على تلك التى يتراخى تمام تنفيذها بفعل إرادة عاقديها وحدها . وهذا الشك ينبغى تفسيره فى مصلحة المدين . فإن كان الشك فى قصد العاقدين يفسر فى مثل حالتنا فى مصلحة المدين (المادة ١٥١ /١) ، فإن الشك فى قصد المشرع أولى به أن يوجه تلك الوجهة .

أما القول ، كما يذهب الرأى المعارض ، بأن طبيعة نظرية الظروف الطارئة تقتضى أن يكون التراخى فى التنفيذ قائماً على سبيل التقابل بالنسبة إلى التزامات الطرفين كليهما ، فمردود عليه بأن ذلك ، وإن كان حقاً من طبيعة النظرية ، إلا أنه ليس من مستلزماتها . فكل مايتطلبه القانون فى هذا الخصوص أن يكون التزام المدين متراخى التنفيذ بغير تقصير منه ، بغض النظر عما إذا كان الالتزام المقابل على الطرف الآخر متراخياً تنفيذه بدوره من عدمه [1] . فالغاية التى تستهدفها النظرية هو منع الاختلال الجسيم فى التوازن الاقتصادى الذى قد يطرأ على الالتزام فى مراحل حياته ، بين نشأته وتنفيذه ، بالشروط التى بيناها .

ثم إن منح المدين أجلا للوفاء بالتزامه لايتمثل بالضرورة تفضلا عليه به من دائنه . فهو فى العادة شرط ارتضاه الدائن نفسه ، لكى يرتضى المدين بدوره العقد . فلولاه لما كان لهذا العقد قيام بالشروط التى تم عليها [2] .

= نظرية الظروف الطارئة على عقود بيع مؤجل فيه الثمن كله أو بعضه أن إرجاء دفع الثمن إنما قصد به تيسير التنفيذ على المشترى فلا ينبغى أن يضار به البائع ، ذلك لأن الأجل أمر ملحوظ فى التعاقد على الصفقة أصلا ، ولولاه ما تمكن البائع من إبرام العقد بالثمن المتفق عليه فيه ، ولا يعتبر والحال كذلك تأجيل تنفيذ التزام المشترى بدفع الثمن تفضلا من البائع » .

(١) انظر : نقض ١٩٦٣/٣/٢١ السابقة الإشارة إليه » .

(٢) انظر : نقض ١٩٦٥/٢/١٨ السابقة الإشارة إليه .

وإذا كانت نظرية الظروف الطارئة تسرى على مالم يتم تنفيذه من الالتزامات الناجمة عن العقد عند وقوع الحدث الطارىء ، دون اعتبار لطبيعة هذا العقد ، فورياً كان أم من عقود المدة ، فإنه تستثنى من ذلك على نحو مابيناه منذ قليل ، الحالة التى يكون الالتزام فيها قد حل أداؤه قبل طروء الحدث ، ولكن المدين قد قصر [1] فى الوفاء به إلى مابعد وقوعه . فالمدين هنا مخطىء ، ولاينبغى أن ينهض خطؤه فائدة له وضرراً على غريمه

٢٧٨ — نظرية الظروف الطارئة والعقود الاحتمالية :

ثمة تساؤل قد يطرح نفسه فى خصوص تحديد مجال إعمال نظرية الظروف الطارئة . ويتمثل هذا التساؤل فيما إذا كانت تلك النظرية تسرى على العقود الاحتمالية ، أو عقود الغرر كما يطلق عليها فى الفقه الإسلامى ، أو لا تسرى . ومرد ذاك التساؤل هو أن طبيعة العقود الاحتمالية تقتضى بذاتها أن يتوقع المتعاقد الخسارة كما يتوقع الكسب ، لأنها مبنية على المخاطرة .

وقد قضت محكمة النقض بعدم إعمال النظرية فى شأن عقد من العقود الاحتمالية ، هو عقد بيع القطن لأجل ، أو بيع الكنترتات ، كما كان يسمى ، وهو عقد كان يتم فى القديم فى بورصة القطن ، وذلك تأسيساً على أن « المتعاقد يعلم سلفاً أنه يتعاقد بعقد احتمالى مبناه فكرة المخاطرة » [2] .

والقول على وجه الإطلاق والشمول بأن نظريتنا لاتنطبق على العقود الاحتمالية محل نظر . فليس له سند من القانون . صحيح أن تلك العقود تنطوى على المخاطرة واحتمال الكسب والخسارة ، ولكن تلك المخاطرة تتحدد فى ذاتها وفى مداها بالظروف التى أبرم العقد فى كنفها . فإذا طرأت ظروف جديدة استثنائية لم تكن فى الحسبان ، وجعلت أداء الالتزام بالغ العنت على المدين

---

(١) وينبغى هنا لاعتبار المدين مقصراً على النحو الذى يحرمه من التمسك بنظرية الظروف الطارئة أن يكون قد تقاعس عن الوفاء بالتزامه ، بعد حلول أجله ، وبعد إعذاره . فإن كان أجل الالتزام قد حل ، ولكن الدائن لم يعذر المدين بوجوب وفائه ، ما اعتبر المدين مقصراً . إذ أن للمدين هنا أن يأخذ سكوت الدائن عن مطالبته بالوفاء على محمل التسامح معه .

(٢) انظر : نقض ١٥/٢/٦٦ طعن ٣١/١١٧ق مجموعة النقض س ١٧ ص ٢٨٧ .

على نحو يتجاوز إلى حد كبير ما كان الرجل العادى يتوقعه عند إبرام العقد ، فإنه لا يوجد ثمة سند قانونى لكى ننأى بالنظرية عن التطبيق .

٢٧٩ — أثر الظروف الطارئة :

إذا توافرت شروط تطبيق نظرية الظروف الطارئة التى بيناها . أمكن إعمال أثرها . ويتركز هذا الأثر فى أنه يتوجب على القاضى . إذا طلب منه المدين ذلك . أن يرد الالتزام إلى الحد المعقول الذى يراه متفقاً مع العدالة وحسن النية ، وذلك بعد إجراء الموازنة بين مصلحة الطرفين . وفى ذلك تقضى المادة ١٤٧ / ٢ فى شطرها الأخير بأنه : « ... جاز [١] للقاضى تبعاً للظروف وبعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ... » .

ورد الالتزام إلى الحد المعقول يتمثل فى تخفيف عبئه عن المدين . ويتم ذلك بإنقاص مدى الالتزام الذى أصبح مرهقاً أو بزيادة قيمة الالتزام المقابل [٢] . وفقاً لما يراه القاضى متسقاً مع الظروف . وعلى النحو الذى تقتضيه العدالة ويمليه التوفيق بين مصلحة الطرفين كليهما . ومثال تخفيض مدى الالتزام ما حدث . عقب صدور قانون الإصلاح الزراعى فى سنة ١٩٥٢ ،

(١) لا يفهم من عبارة « جاز للقاضى » الواردة فى النص أن للقاضى سلطة تقديرية فى إعمال أثر النظرية أو عدم إعماله . برغم توافر شروطها . بل يتعين عليه هذا الإعمال . انظر فى ذلك مناقشات لجنة القانون المدنى ، مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢٨٤ و ٢٨٥ . على أنه لا يسوغ للقاضى بطبيعة الحال أن يعمـــل نظرية الظروف الطارئة من تلقاء نفسه ، إنما يلزم أن يطلب منه المدين ذلك . فإعمال النظرية رخصة للمدين ، له أن يفيد منها أو أن يحجم عنها . فإن طلب الإفادة منها ، وتوافرت شروطها ، تعين على القاضى أن يجيبه إلى إعمالها فى حقه .

(٢) ويلاحظ أن أثر إعمال نظرية الظروف الطارئة فى العقود الإدارية يختلف عنه فى العقود المدنية . فمن وجه أول ، لا يستطيع القاضى إنقاص التزام المدين . ذلك لأن الفرض هو أن القيام بالعمل المناط بالمدين يتعلق بالصالح العام . ومن ثم فإنه يترتب على إنقاصه الإضرار بهذا الصالح . ومن وجه ثان ، لا يستطيع القاضى إلزام الإدارة بأن تزيد فيما تدفعه مقابلا لما يقدمه المدين المرهق . إذ أنه لا يملك أن يوجه أوامر للإدارة . وهكذا لا يبقى أمام القاضى الإدارى ، فى مجال إعمال نظرية الظروف الطارئة ، إلا الحكم للمدين المرهق بالتعويض (راجع فى هذا الموضوع ، سليمان الطماوى ، العقود الإدارية ط ٣ ص ٦٨٥ وما بعدها) .

الذى كان من شأنه أن انخفضت قيمة الأراضى الزراعية انخفاضاً كبيراً . بحيث أصبح الأشخاص الذين كانوا قد سبق لهم أن اشتروا أراضيهم قبل صدور ذلك القانون ، بأثمان باتت باهظة بمقارنتها بالأسعار الحالية ، مهددين بخسارة فادحة ، فطلبوا إنقاص مالم يكونوا قد أدوه من الثمن . وأجابتهم المحاكم إلى مطلبهم [١] . ومثال زيادة قيمة الالتزام المقابل . أن يلتزم شخص بتوريد اللحوم أو الخبز أو الغلال [٢] أو غيرها من حاجيات الحياة خلال مدة معلومة بثمن معين ، ثم يحدث ظرف طارىء غير متوقع يؤدى إلى ارتفاع السعر ارتفاعاً باهظاً ؛ هنا يسوغ للقاضى أن يزيد الثمن إلى الحد المعقول الذى تقتضيه العدالة ويتمشى مع اعتبارات حسن النية .

والقاضى ، وهو بصدد رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، سواء بإنقاص هذا الالتزام أو بزيادة الالتزام المقابل ، لا يرفع عن المدين كل ما طرأ عليه من عنت وضيق ، وبعبارة أخرى كل مايتهدده من خسارة . فنظرية الظروف الطارئة لاتستهدف إلا مجرد التخفيف عن المدين رحمة به . ولا تتغيا إبعاد كل خسارة عنه . وهى إذ تفعل ذلك ، تقصر التخفيف على العبء الاستثنائى الذى وقع ، ولا تمس العبء العادى المألوف فى التعامل . فالخسارة العادية المألوفة فى التعامل يتحملها المدين وحده . ولاحق له أن يطلب من القاضى تخفيف عبئها عنه [٣] . لأن مثل هذه الخسارة تتمثل أمراً

---

(١) راجع أحكام القضاء التى أشرنا إليها فى هامش (١) ص ٥٤٨ .

(٢) كانت المادة ٢١٣ من المشروع التمهيدى تنص على أن أثر الظروف الطارئة هو أن ينقص القاضى الالتزام المرهق إلى الحد المعقول . ولوحظ فى لجنة مجلس الشيوخ بان الحال قد يقتضى زيادة الالتزام المقابل . وضرب لذلك مثال شخص يلتزم بتوريد كية من الشعير بسعر معين ، ثم يرتفع السعر ارتفاعاً باهظاً لسبب طارىء فيحكم القاضى بزيادة الثمن . وكان من شأن تلك الملاحظة أن استبدل بعبارة « أن ينقص الالتزام » عبارة « أن يرد الالتزام » . انظر مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢٨٥ .

(٣) انظر : نقض ١/٣/١٩٧٧ طعن ٥٨٠/٤٣ق مجموعة النقض س ٢٨ ص ٦٠٠ رقم ١١٠ . وقد جاء فى هذا الحكم : « مفاد نص الفقرة الثانية من المادة ١٤٧ من القانون المدنى أنه متى توافرت الشروط التى يتطلبها القانون فى الحادث الطارىء ، فإن للقاضى سلطة تعديل العقد برد الالتزام الذى صار مرهقاً إلى الحد المعقول . وهو حين يختار فى حدود سلطته التقديرية =

متوقعاً عند التعاقد . ونظريتنا لاتواجه إلا الأمر الاستثنائى غير المتوقع . فلو أن شخصاً التزم ، مثلا ، بأن يورد لآخر كمية من القمح بسعر عشرين جنيهاً للأردب ، ثم وقعت حرب أدت إلى ارتفاع ثمن القمح إلى مائة . وكانت الزيادة العادية المألوفة فى التعامل هى عشرة جنيهات ، وجب أن يتحمل المورد هذا المبلغ الأخير وحده . أما القدر الباقى من الزيادة ، ومقداره سبعون جنيهاً ، فهو الذى يرد التخفيف عليه .

والقاضى ، بعد أن يقتطع الخسارة العادية المألوفة فى التعامل ليلقيها على عاتق المدين وحده ، يوزع عبء ما تبقى من الخسارة . أى الخسارة

= الطريق المناسب لمعالجة الموقف الذى يواجهه لا يرفع كل خسارة عن عاتق المدين ويحملها للدائن وحده ، لكنه يحد من فداحة هذه الخسارة التى تصيب المدين ويصل بها إلى الحد المعقول بتحميل المدين الخسارة المألوفة التى كان يمكن توقعها عادة وقت التعاقد ، ويقسم ما يزيد على ذلك من خسارة غير مألوفة بين المتعاقدين بالسوية فيما بينهما باعتبار أن ذلك أقسط فى مراعاة الموازنة بين مصلحة كل منهما بغض النظر عن الظروف الذاتية للمدين ، لأن المشرع — وعلى ما أفصحت عنه الأعمال التحضيرية للقانون — أضفى على نظرية الحوادث الطارئة صبغة مادية ، ولم يأخذ فيها بمعيار ذاتى أو شخصى ، وإنما جعل معيارها موضوعياً » . وانظر : نقض ١٩٧٣/١٢/٢٠ طعن ١٤٢ و ٣٧/١٦٦ق مجموعة النقض س ٢٤ ص ١٣٢٠ رقم ٢٢٧ . وتتلخص وقائع القضية التى صدر فيها الحكم ، فى حدود تطبيق نظرية الظروف الطارئة ، فى أن شخصاً باع لآخر أرضاً بثمن معلوم ، وعجل جزءاً منه ، وأرجأ الباقى إلى تاريخ لاحق ، وخلال فترة الأجل المحدد لدفع باقى الثمن ، صدر قانون الإصلاح الزراعى ، وتمسك المشترى بنظرية الظروف الطارئة مطالباً بإعفائه من باقى الثمن . وأجابته محكمة الموضوع إلى ما طلب . وخطأت محكمة النقض هذا القضاء ، تأسيساً على أن ما دفع من الثمن قبل وقوع الحدث الطارىء انتهى أمره من حيث إن نظرية الظروف الطارئة لا تسرى عليه . أما الباقى من الثمن الذى يحل أجله بعد طروء الحدث ، فإن سرت النظرية عليه ، فليس من شأن ذلك أن يعفى المشترى كلية منه ، وإنما يقتصر أثرها على تخفيف عبئه عنه فحسب . وذلك بتحميله قدر الزيادة فى الثمن المألوفة فى التعامل ، ثم قسمة الباقى بينه وبين البائع . وفى ذلك يقول الحكم إنه لا يترتب على نظرية الظروف الطارئة « أن يرفع القاضى عن المدين كل ما لحق به من إرهاق ويلقى به على كاهل الدائن وحده ، بل عليه أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، وذلك بتحميل المدين الخسارة المألوفة التى كان يمكن توقعها عادة وقت التعاقد ، ويقسم ما يزيد على ذلك من خسارة غير مألوفة بين المتعاقدين ، مراعياً فى ذلك كافة الظروف والموازنة بين مصلحة كل منهما . ومن ثم فلا يجوز إعفاء المدين من التزامه إعفاء تاماً . . . » .

الاستثنائية على المدين والدائن على النحو الذى يراه متفقاً مع العدالة ومقتضيات حسن النية وبعد إجراء الموازنة بين مصلحة الطرفين . وليس يوجد فى المادة ١٤٧ / ٢ ماتتحدد معه نسبة توزيع تلك الخسارة الاستثنائية . ومع ذلك تسير محكمة النقض على توزيعها بالسوية بين الطرفين ، أى مناصفة بينهما [١] :

ونكرر هنا أن رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، سواء بإنقاص مداه أو بزيادة الالتزام المقابل ، لايكون إلا بالنسبة إلى مايراد تنفيذه منه بعد وقوع الحادث الطارىء ، ومع استثناء مايكون المدين قد تقاعس عن تنفيذه بخطئه قبل ذلك . فما وقع وفاؤه من الالتزام ، أو حل أجله وقصر المدين فى أدائه منه قبل طروء الحدث ، لايدخل فى الاعتبار عند إعمال نظرية الظروف الطارئة [٢] . فإذا أبرم بيع ، مثلا ، بثمن مجزأ على أقساط ، ووقع الحادث الطارىء بعد حلول أجل بعض تلك الأقساط ، فإن مادفع بالفعل منها. أو لم يدفع بتقصير من المشترى،لا تعمل النظرية فى شأنه ، ويقتصر إعمالها على باقى الأقساط ، سواء ما حل أجلها منها بعد وقوع الحادث الطارىء وما حل أجلها قبل ذلك ، ولكن الدائن لم يعذر المدين بأدائها ، لاعتباره بذلك متسامحاً ، وكأنه مد للمدين أجل الوفاء بها . بل أن ليس كل مايجىء من تنفيذ الالتزام بعد وقوع الحادث الطارىء يخضع بالضرورة لنظريتنا ، وإنما يقتصر أثرها على مايتوافر فى شأنه شرط الإرهاق فحسب . فأقساط الثمن المستقبلة التى لايثبت لقاضى الموضوع قيام شرط الإرهاق فى خصوصها ينبغى أن تبعد من دائرة إعمال نظرية الظروف الطارئة . فلا يتناولها التخفيف [٣] ، وإن كان يمكن بطبيعة الحال إجراء التخفيف عليها بعد ذلك إذا استمر الإرهاق فى شأنها .

---

(١) راجع : نقض ١٩٧٧/٣/١ ونقض ١٩٧٣/١٢/٢٠ المشار إليهما فى الهامش السابق . وانظر فى هذا الاتجاه من الفقهاء : السنهورى ، الوسيط ج ١ نبذة ٤٢١ — جمال زكى ، المرجع السابق نبذة ١٧٥ .

(٢) راجع ما سبق ، نبذة ٢٧٦ .

(٣) انظر نقض مدنى مصرى ١٩٦٣/١/٣ ، مجموعة النقض س ١٤ ص ٣٧ السابقة الإشارة إليه . وقد جاء فى هذا الحكم أنه فى حالة إعمال نظرية الظروف الطارئة فى عقود البيع =

وإذا جاز للقاضي ، إعمالا لنظرية الظروف الطارئة ، أن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول ، بأن ينقص من مداه أو يزيد في مقابله ، فإنه يمتنع عليه ، إعمالا لتلك النظرية ، أن يقضي بفسخ العقد[(١)] و[(٢)] ، إلا إذا كان ذلك بناء على طلب المتعاقد الذي تعمل النظرية إضراراً به ، كوسيلة للتحلل من تعديل آثار العقد [(٣)] . بل إنه لا يسوغ للقاضي أن يحكم بوقف تنفيذ العقد ، بخلاف ما رآه بعض الفقهاء [(٤)] ، وإن جاز له أن ينظر المدين إلى ميسرة

= التي يكون الثمن فيها مقسطاً ، يجب على القاضي ألا يعمل الجزاء الذي تتضمنه إلا بالنسبة للقسط أو الأقساط التي يثبت له أن أداء المشتري لها قد أصبح ، بسبب وقوع الظرف الطارئ غير المتوقع ، مرهقاً له ، بحيث يهدد بخسارة فادحة . أما باقي الأقساط المستقبلة فإن القاضي لا يعمل في شأنه هذا الجزاء ، إذا تبين أن هناك احتمالا لزوال أثر هذا الظرف الطارئ عند استحقاقها . ويكون شأن الأقساط في ذلك شأن الأداءات في عقود المدة من حيث التأثر بالظروف الطارئة . . . . » . وانظر أيضاً : نقض ١٩٦٤/٣/٢٦ ، مجموعة النقض س ١٥ ص ٤٠٩ رقم ٦٧ .

(١) انظر في هذا الاتجاه : السنهوري ، المرجع السابق نبذة ٤٢١ — حشمت أبو ستيت ، المرجع السابق نبذة ٣٤٥ — عبد المنعم الصده ، المرجع السابق نبذة ٢٩٧ .

(٢) وفي منع المدين من طلب فسخ العقد ، يختلف قانوننا عن القانون البولوني ، حيث يجيز هذا الأخير ، في المادة ٢٦٩ من تقنينه للالتزامات ، للمحكمة « أن تعين طريقة تنفيذ الالتزام أو أن تحدد مقداره ، بل وأن تقضي بفسخ العقد » . كما يختلف أيضاً عن القانون الإيطالي حيث يخول للمدين إذا ما وقع ظرف طارئ أن يطلب فسخ العقد ، ما لم يدرأه الدائن بعرضه تعديلا لشروط العقد بما يتفق مع العدالة (المادة ١٤٦٧ مدني إيطالي) .

(٣) فالمادة ٢/١٤٧ ، وإن منحت المدين رخصة تعديل آثار العقد برد التزامه إلى الحد المعقول ، وإن ألزمت الدائن بهذا التعديل ، إلا أنها لا تلزمه به إلا إذا أراد الإبقاء على العقد . فللدائن أن يتفادى ذلك التعديل بطلب فسخ العقد . صحيح أن هذه الرخصة التي نقول بها للدائن لا تجد لها سنداً في ذات نص المادة ٢/١٤٧ ولا في الأعمال التحضيرية التي اكتنفت وضعه ، ومع ذلك فنراها أولى بالاتباع . ذلك لأن تعديل آثار العقد بحكم القاضي أمر استثنائي يتنافى مع المبدأ الأساسي القاضي بقوته الملزمة ، الأمر الذي يتحتم معه أن ننظر إليه في حدود الروح الذي ينبغي أن تسود المادة ٢/١٤٧ ونظرية الظروف الطارئة التي أرادت أن تتبناها ، وهي روح الرأفة بالمدين دون التضحية كلية بالدائن . فإن توجب على هذا الأخير أن يذعن لما يراه القاضي من تعديل في العقد ، فيلزم أن يكون ذلك مقصوراً على الحالة التي يريد فيها الإبقاء عليه قائماً ، دون حرمانه من الرخصة في أن يتجنب هذا التعديل بطلب فسخ العقد . انظر في هذا الاتجاه : السنهوري ، المرجع السابق نبذة ٤٢١ — عبد المنعم الصده ، المرجع السابق نبذة ٢٩٧ .

(٤) انظر في هذا الاتجاه : السنهوري ، المرجع السابق — عبد المنعم الصده المرجع السابق — حشمت أبو ستيت ، نبذة ٣٤٥ .

أى يمنحه أجلا[(١)] ، إعمالا للقاعدة العامة فى الوفاء (المادة ٣٤٦/٢) . فكل ماتخوله المادة ١٤٧ / ٢ هو رد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول . فهى لاتعطى المدين رخصة التحرر من الالتزام بالكلية عن طريق فسخ العقد [(٢)] ، ولا رخصة إيقاف العقد ولو مؤقتاً .

وأياً ماكان التعديل الذى يرد على الالتزام ، إعمالا لنظرية الظروف الطارئة ، فإن الحكم الذى يقضى به لايسرى ، إلا طالما بقى السبب الذى أدى إليه ، تطبيقاً لقاعدة أن العلة تدور مع المعلول وجوداً وعدماً . فإذا زال الظرف الطارىء الذى أدى إلى القضاء بتعديل أثر العقد ، وجب الحكم بانتهاء هذا التعديل، والرجوع بالتالى إلى ماكان يقضى به العقد من قبله، وذلك بالنسبة إلى مايرتفع عنه أثر الظرف الطارىء من تنفيذ الالتزام . كذلك لايوجد ثمة مايمنع من أن يعود المدين مرةأخرى للقاضى ، ويطلب منه إجراء تعديل جديد فى عبء التزامه ، إذا نشأ ظرف طارىء آخر صعب عليه تنفيذ الالتزام أكثر من الأول . وذلك كله مع مراعاة قوة الأمر المقضى بطبيعة الحال .

٢٨٠ — نظرية الظروف الطارئة مقررة لمصلحة المدين ويلزم تمسكه بها :

نظرية الظروف الطارئة مقررة لمصلحة المدين دون الدائن . فالدائن لايفيد من تلك النظرية ، حتى لو أصبح تنفيذ الالتزام شديد الإرهاق به .

---

(١) انظر : السنهورى ، المرجع السابق — عبد المنعم الصده المرجع السابق — جمال الدين زكى ، المرجع السابق نبذة ١٧٥ .

(٢) انظر مع ذلك المادة ٦٥٨/٤ التى وردت فى شأن عقد المقاولة قاضية بأنه : « ... إذا انهار التوازن الاقتصادى بين التزامات كل من رب العمل والمقاول بسبب حوادث استثنائية عامة لم تكن فى الحسبان وقت التعاقد ، وتداعى بذلك الأساس الذى قام عليه التقدير المالى لعقد المقاولة ، جاز للقاضى أن يحكم بزيادة الأجر أو بفسخ العقد » . فهذا النص يعطى القاضى رخصة زيادة أجر المقاول أو فسخ العقد . وهو بهذه المثابة يتخالف مع ما تقضى به المادة ١٤٧/٢ ، ويعتبر من ثم تطبيقاً خاصاً أملاه المشرع لنظرية الظروف الطارئة . راجع فى هذا المعنى السنهورى ، الوسيط ج ٧ مجلدا نبذة ١٠٤ . وانظر نقض ٢٤/١١/١٩٧٠ طعن ١٩٩/٣٦ق مجموعة النقض س ٢١ ص ١١٤٨ رقم ١٨٧ .

كما إذا إرجى الثمن فى بيع ، ثم هبطت القوة الشرائية للنقود على نحو فادح جسيم لسبب طارىء غير متوقع ، أو طرأ ذاك الهبوط فى القوة الشرائية للنقود على عقد إيجار طويل الأمد .

والحق إن ما نلاحظه اليوم من تفاقم هبوط القوة الشرائية للنقود . واستمراره بدون انقطاع منذ أمد طويل ، يجعلنا نهيب بالمشرع أن يواجه هذا الخطر المتزايد على الدائنين ذوى الحقوق الممتدة فى وجودها إلى آجال طويلة ؛ وعلى الأخص بالنسبة إلى تلك التى يفرض هو نفسه امتدادها إلى تلك الآجال . كما هو الشأن فى إيجار الأماكن والأراضى الزراعية . ويكفينا تدليلا على مدى جسامة ذلك الخطر أن نشير إلى أجرة المنازل والشقق والحوانيت ونحوها التى أجرت من زمن طويل ، لاسيما تلك التى أجرت قبل أول يناير سنة ١٩٤٤ . فلم تعد تلك الأجرة — بعد الانخفاض الرهيب فى القوة الشرائية للنقود متناسبة البتة مع القيمة الإيجارية السوقية . الأمر الذى بات يلحق المؤجرين بظلم اجتماعى فادح جسيم [١] .

وإذا كانت نظرية الظروف أو الحوادث الطارئة مقررة لمصلحة المدين وحده دون الدائن ، فإنه يلزمه أن يتمسك بها ويطلب من القاضى إعمالها فى حقه . فليس للقاضى أن يطبقها من تلقاء نفسه .

وإذا توجب على المدين أن يتمسك بنظرية الحوادث الطارئة إذا شاء أن يفيد منها ، فإنه يجوز له ذلك فى أية حالة كانت عليها الدعوى أمام محكمة الموضوع . فيستطيع أن يتمسك بها ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف . ولكن لايجوز له التمسك بها لأول مرة أمام محكمة النقض . ذلك لأن الحكم الاستئنافى الذى لايعمل النظرية ، حالة أن المدين لم يتمسك بها ، لايعتبر أنه

---

(١) ولعل فيما قاله أبو يوسف — وهو القول المفتى به عند الحنفية — من إنه إذا تغيرت قيمة العملة بعد البيع وقبل الوفاء بالثمن ، سواء كان ذلك بالارتفاع أو الانخفاض ، فإن المشترى يلتزم بدفع عدد من الدراهم يتناسب مع قيمة العملة عند البيع ؛ لعل هذا القول من الفقيه الإسلامى الكبير يدعونا إلى التفكير فى تبنى حكمه فى ظل قانوننا ، عن طريق التوسعة فى نظرية الظروف الطارئة ، أو عن أى طريق آخر من مسالك القانون (راجع فى ذلك ما سبق أن قلناه فى شأن فكرة نظرية الظروف الطارئة فى الفقه الإسلامى ، هامش (١) ص ٥٤٢) .

قد أخطأ فى تطبيق القانون . ثم أن إعمال النظرية يستلزم التطرق إلى توافر شروطها ، وهى شروط تقوم كلها على وقائع . وليس من مهمة محكمة النقض أن تبحث فى الوقائع ، بل هى لا تنظر فى مسائل القانون إذا خالطه واقع [1] .

٢٨١ — نظرية الظروف الطارئة من النظام العام :

رأينا الأثر المترتب على إعمال نظرية الظروف الطارئة ، والذى يتمثل فى ثبوت الرخصة للمدين فى أن يطلب من القاضى رد التزامه ، الذى بات مرهقاً ، إلى الحد المعقول . وإعمال هذه النظرية ، برغم أنه يحقق للمدين منفعة خاصة ، بتخفيف عبء الالتزام عنه ، إلا أنه يتصل بالنظام العام ، حيث إنه يتغيا فى النهاية الرحمة والرفق بأشخاص شاءت ظروف طارئة عامة واستثنائية أن تجعل تنفيذ الالتزام ، على نحو ما جاء به العقد ، شديد الإرهاق بهم بحيث يتهددهم بخسارة فادحة وغير مألوفة لم تكن فى الحسبان ، وهى من بعد ظروف غير متوقعة ، وليس لهم يد فيها ، ولا يستطاع دفعها . وهكذا يتمثل إعمال النظرية مظهراً من مظاهر العدالة الاجتماعية . ومن هنا كان اتصالها بالنظام العام .

ويترتب على اتصال نظرية الحوادث الطارئة بالنظام العام أنه لا يجوز للعاقدين الاتفاق على إبعاد أثرها [2] . فمثل هذا الاتفاق يقع باطلا لعدم مشروعية محله . وسواء فى ذلك أن يجىء الاتفاق قبل وقوع الحادث الطارىء أم بعده . وفى هذا جاءت المادة ١٤٧ / ٢ ، بعد أن بينت شروط إعمال النظرية ، وأثرها ، تقول : « ... ويقع باطلا كل اتفاق على خلاف ذلك » .

---

(١) انظر : نقض ١٩٦٨/٧/٣ طعن ٣٤/١٧٠ق مجموعة النقض س ١٩ ص ١٢٣٩ رقم ١٨٦ . وقد جاء فى هذا الحكم أنه لا يجوز التمسك بنظرية الظروف الطارئة أمام محكمة النقض إذا لم يكن قد حصل التمسك بها أمام محكمة الموضوع . وانظر أيضاً نقض ١٩٧٤/١٢/٣ طعن ٣٩/٢٠٠ق مجموعة النقض س ٢٥ ص ١٣١٥ رقم ٢٢٥ . وقد جاء فى هذا الحكم أن الادعاء بقيام حادث طارىء جعل تنفيذ الالتزام مرهقاً هو دفاع يخالطه واقع ، فلا يجوز إثارته لأول مرة أمام محكمة النقض . وانظر فى نفس الاتجاه : نقض ١٩٧٠/١١/٢٤ طعن ٣٦/١٩٩ق مجموعة النقض س ٢١ ص ١١٤٨ رقم ١٨٧ .

(٢) وفى هذا تختلف نظرية الظروف الطارئة عن نظرية القوة القاهرة ، التى يؤدى إعمالها إلى انقضاء الالتزام ، إذ يسوغ الاتفاق على تحمل المدين تبعة القوة القاهرة (المادة ١/٢١٧) .

٢٨٢ — نظرية الظروف الطارئة والقواعد القانونية العامة :

تبينا فيما سبق الأثر الخطير الذى يترتب على إعمال نظرية الظروف أو الحوادث الطارئة ، والذى يتمثل فى منح القاضى سلطة تعديل آثار العقد . برد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول الذى يتوافق مع مقتضيات العدالة وحسن النية ، وشرف التعامل .

والنظرية بهذه المثابة تتمثل خروجاً على القواعد القانونية العامة . وذلك من وجهين : (الأول) هى تؤدى إلى تعديل آثار العقد بغير الإرادة المشتركة لعاقديه كليهما . وتصطدم بالتالى مع المبدأ الأساسى الذى يسود العقود . وهو مبدأ القوة الملزمة للعقد . (الثانى) هى تمنح القاضى سلطة تتجاوز المألوف من صلاحياته ، حيث إنها ترخص له فى تعديل آثار العقد . فى حين أن الأصل فى سلطانه على العقود الصحيحة يقف عند حد تفسيرها وإعمال حكمها وإزالتها عن طريق الفسخ إذا وقع التقاعس فى الوفاء بالالتزامات المتولدة عنها من أحد عاقديها إضراراً بالآخر .

وقد كان من شأن خروج نظريتنا عن القواعد القانونية العامة أن حاربها الفكر القانونى ردحاً طويلا من الزمن . برغم ما تقوم عليه من اعتبارات إنسانية قوية وظاهرة [1] . بل إنه لازالت المحاكم فى كثير من البلاد . وعلى رأسها فرنسا بالنسبة إلى قضائها العادى . تمتنع عن أن تستجيب إليها . ولم تعملها المحاكم فى أكثر البلاد الأخرى . ومن بينها مصرنا ، إلا بعد أن امتدت إليها يد المشرع فقننتها . وذلك من عهد ليس بجد بعيد .

وإذا كان من شأن إعمال نظرية الظروف الطارئة أن تثبت للقاضى . فى صدد العقد . السلطة فى تعديل آثاره ، متجاوزاً فى ذلك حدود سلطته الأصلية إزاءه. ومتخطياً الإرادة المشتركة للعاقدين . فإنه يجد مع ذلك مبرره القوى فى أنه يتمثل رفقاً بمدين تعسر به الحظ . إذ شاءت ظروف طارئة غير متوقعة أن تهدده بخسارة فادحة بعيدة عن كل حسبان . وهو بهذه المثابة

---

(١) راجع ما سبق نبذة ٢٧٤ و ٢٧٥ .

يتضمن تخفيفاً من شدة القانون وصرامة أحكامه ، ويطبع تنفيذ العقد بطابع العدالة الاجتماعية والرحمة والإنسانية . ثم أن إعمال نظرية الظروف الطارئة ليس المظهر الوحيد للخروج بالقاضي عن مألوف سلطاته في صدد العقود في وقتنا الحاضر . فقد منحه المشرع ، لاعتبارات هامة قدرها ، وفي حدود معلومة رسمها ، السلطة في إقامة العقد (نظرية تحول العقد — المادة ١٤٤) ، والسلطة في تكملة شروط العقد (المادة ٩٥) ، بل والسلطة في إهدار شروط العقد التعسفية في عقود الإذعان (المادة ١٤٩) .

وقد رأى بعض الفقهاء [١] أن قانوننا المدني تضمن عدة تطبيقات تشريعية خاصة لنظرية الحوادث الطارئة ، وذكروا من بينها نظرة الميسرة (المادة ٣٤٦ / ٢) ، وتخفيض أجر الوكيل (المادة ٧٠٩ / ٢) ، وإنهاء الإيجار بالعذر (المادة ٦٠٨ و ٦٠٩ و ٦٠١ و ٦١٦ / ٢) ، وتعديل حق الارتفاق (المادة ١٠٢٣ / ٢ والمادة ١٠٢٩) ، وزيادة أجر المقاول أو فسخ عقد المقاولة عند حدوث مايخل بالتوازن الاقتصادي بين التزامات الطرفين (المادة ٦٥٨ / ٤) . والأمور السابقة كلها ، فيما عدا الأخير [٢] ، لاتعتبر في الحقيقة تطبيقات تشريعية لنظرية الظروف الطارئة ، إذ هي تختلف عنها اختلافاً جذرياً في شروط إعمالها وأثرها ، وتستند إلى اعتبارات أخرى غير تلك التي تستند إليها .

---

(١) راجع السنهوري ، الوسيط ج نبذة ٤٢٢ .

(٢) أنظر ما سبق ، هامش (٢) من ص ٥٦٤ .

الفصل الثالث

نسبية آثار العقد

٢٨٣ — عرفنا من سياق دراستنا في الفصل السابق أن الأصل في العقد أنه يلزم بكل ما يجيء فيه . وهذا هو ما يطلق عليه « القوة الملزمة للعقد » . وإذا وصلنا إلى أن العقد يلزم بما يجيء فيه . ثار التساؤل عن الأشخاص الذين يلزمهم به ، وبعبارة أخرى عن الأشخاص الذين يخضعون لقوته الملزمة . وهدفنا فى هذا الفصل أن نحدد هؤلاء الأشخاص .

ومن البداهة أن العقد ينتج آثاره فى مواجهة عاقديه . ولكنه لا يقف عندهما . فهو يتعداهما إلى من يحلون محلهما فى حقوقهما التى ينظمها . أى من يخلفونهما فيها . كما أنه قد يؤثر بطريق غير مباشر فى دائنيهما . عن طريق ما يؤدى إليه من زيادة أو نقص فى الضمان العام . هكذا تبرز الحقيقة الأولى . ومؤداها أن آثار العقد تنصرف أصلا إلى عاقديه . كما أنها قد تنصرف من بعدهما إلى خلفائهما ، كما أنها تؤثر بطريق غير مباشر فى حقوق دائنيهما .

وإذا كانت آثار العقد تنصرف إلى عاقديه وخلفائهما وتؤثر فى حقوق دائنيهما ، فالأصل أنها تقف عند هؤلاء لا تتجاوزهم إلى الغير . وهذه هى الحقيقة الثانية ، ومؤداها عدم سريان آثار العقد على الغير .

وهاتان الحقيقتان تكونان معاً « مبدأ نسبية آثار العقد » . بمعنى أن العقد ينتج آثاره فى مجال محدد ، هو ذاك الخاص بالمتعاقدين وخلفائهما ودائنيهما ؛ ولا ينتج أثراً ما فى خارج هذا المجال ، وبعبارة أخرى لا ينتج أثراً ما فى مواجهة الغير .

ونبدأ بتناول انصراف آثار العقد إلى المتعاقدين وخلفائهما ودائنيهما . ثم نتكلم فى مبدأ عدم انصراف آثاره إلى الغير .

المبحث الأول
انصراف آثار العقد إلى المتعاقدين والخلف والدائنين

٢٨٤ — انصراف أثر العقد إلى المتعاقدين :

تنصرف آثار العقد بالضرورة إلى المتعاقدين (المادة ١٤٥) . فهما اللذان صنعاه . وهما بالتالى اللذان يتأثران به .

٢٨٥ — انصراف أثر العقد إلى الخلف :

إذا كان انصراف آثار العقد إلى المتعاقدين أمراً تحتمه ذات طبيعته ، فقد شاءت طبيعة الحياة التى نعيشها أن تنصرف تلك الآثار إلى من يخلفون هذين المتعاقدين فى حقوقهما . فالإنسان إلى زوال . ولابد . بعد موته ، من وجود من يخلفه فى الحقوق التى يتركها . وحينئذ يتأثر هذا الخلف بالعقود التى سبق لسلفه أن أبرمها . بل إن حقوق الشخص قد تنتقل منه إلى آخر حال حياته . فيتأثر الثانى بالعقود التى سبق للأول أن أجراها متعلقة بها . هكذا تنصرف آثار العقود . من بعد عاقديها . إلى خلفائهما .

ويقصد بالخلف الشخص الذى يتلقى الحق عن غيره . وهو نوعان : خلف عام وخلف خاص .

والخلف العام هو من يخلف سلفه فى كل حقوقه . أى من تعم خلافته إياه فى كل هذه الحقوق جميعها . سواء أخلفه فيها وحده . أو خلفه فيها مع غيره . بنسبة معينة منها . كالنصف أو الثلث أو الربع . وفى ضوء هذا التحديد . يبين أن الخلف العام ، بالنسبة إلى الشخص الطبيعى أى الإنسان[1] ، هو أحد اثنين :

---

(١) والخلافة العامة ليست مقصورة على الشخص الطبيعى أو الإنسان . فقد تكون أيضاً فى شأن الشخص الاعتبارى . ويحصل ذلك فى الحالة التى يفنى فيها شخص اعتبارى بكل ذمته المالية ، أى بكل ما له من حقوق وما عليه من التزامات ، فى شخص اعتبارى آخر ، سواء أكان هذا =

١ — الوارث : سواء أكان وحيداً أو مع غيره .

٢ — الموصى له بنسبة من مجموع التركة : كثلثها أو ربعها أو خمسها .

= الأخير موجوداً من قبل، أم نشأ بعد فناء الأول فيه . وهذه هى على وجه الخصوص هى حالة الاندماج . وأبرز تطبيقاتها العملية اندماج شركة فى أخرى . فشخصية الشركة المندمجة تزول وتفنى فى شخصية الشركة الداجة ، وتئول كل حقوق والتزامات الأولى للثانية . وهكذا تخلف الشركة الدامجة الشركة المندمجة فى كل حقوقها والتزاماتها ، أى أنها تعتبر خلفاً عاماً لهـا . وقد أكدت المادة ٤ من القانون رقم ٢٤٤ لسنة ١٩٦٠ فى شأن الاندماج فى شركات المساهمة هذا الحكم ، وسارت عليه محكمة النقض فى العديد من أحكامها . انظر فى هذا الاتجاه : نقض ١٨/١٢/١٩٧٣ طعن ١١٣/٣٨ق مجموعة النقض س ٢٤ ص ١٢٨٠ رقم ٢٢٢ . وقد جاء فى هذا الحكم أنه : « وحيث إنه لما كان إدماج الشركات بطريق الضم يترتب عليه ... أن تنقضى الشركة المندمجة وتنمحى شخصيتها الاعتبارية وذمتها المالية ، وتحل محلها الشركة الدامجة فيما لها من حقوق وما عليها من التزامات ، وتخلفها فى ذلك خلافة عامة ؛ ومن ثم تختصم وحدها فى خصوص الحقوق والديون التى كانت للشركة المندمجة أو عليها . وقد أكدت المادة ٤ من القانون رقم ٢٤٤ لسنة ١٩٦٠ ... ذلك الأصل ما لم يتفق على خلافه فى عقد الاندماج ... » . وانظر أيضاً : نقض ١٥/٢/١٩٧٧ طعن ٦١/٤٢ق مجموعة النقض س ٢٨ ص ٤٥٤ رقم ٨٧ — نقض ٢١/٥/١٩٧٠ طعن ٧٦/٣٦ق مجموعة النقض س ٢١ ص ٨٨٠ رقم ١٤١ — نقض ١٥/٣/١٩٦٦ طعن ٢٨٣/٣١ق مجموعة النقض س ١٧ ص ٥٨٥ رقم ٨٠ . وانظر من الفقهاء : ثروت عبد الرحيم ، شرح القانون التجارى الكويتى نبذة ٤٣٨ . وقارن محسن شفيق ، الوسيط فى القانون التجارى المصرى نبذة ٨٥٢ . وهو يرى أن الشركة الدامجة تسأل عن ديون الشركة المندمجة على أساس حوالة الدين ، الأمر الذى يقتضى إقرار الدائن للحوالة . ومؤدى هذا الرأى القول بعدم حصول الخلافة العامة للشركة الدامجة ، وإن عاد المؤلف بعد ذلك إلى القول بأن دائن الشركة المندمجة يستطيع أن يطالب الشركة الدامجة بدينه على أساس أن هذه الأخيرة قد تلقت من الأولى كتلة من الأموال universalité فأصبحت بالنسبة إليها فى مركز الخلف العام . وفى هذا القول شيء من التعارض والخلط ليس بقليل .

وقد طبقت محكمة النقض فكرة الخلافة العامة الناتجة من الاندماج على الجمعيات ، قاضية بأن الجمعية الدامجة تخلف الجمعية المندمجة خلافة عامة (انظر : نقض ١٤/٥/١٩٦٤ طعن ٣٠٤/٢٩ق مجموعة النقض س ١٥ ص ٦٨٥ رقم ١٠٨) .

ولكن محكمة النقض رفضت إعمال فكرة الخلافة فى حالة التأميم . انظر نقض ١٣/٤/١٩٧٤ طعن ١٥١/٣٨ق مجموعة النقض س٢٥ ص٦٧٦ رقم١٠٨ . وقد ورد هذا الحكم فى خصوص تأميم مستشفى المواساة وأيلولتها إلى المؤسسة العلاجية لمحافظة الاسكندرية ، وخلص إلى عدم مسئولية هذه الأخيرة عن ديون الأولى . ولا نرى سنداً لهذا الحكم من القانون . فالمؤسسة المؤممة تنتقل إلى الدولة بما لها من حقوق وما عليها من التزامات ، ما لم يقض القانون بغير ذلك . وما أشبه حالة =

أما الخلف الخاص ، فهو من يتلقى من سلفه ملكية شيء محدد أو حق عيني آخر عليه ؛ ومن ينتقل إليه حق شخصي كان سلفه دائناً به من قبل . فمن يشترى ، مثلا ، أرضاً أو منزلا أو سيارة ، يعتبر خلفاً خاصاً للبائع بالنسبة للشيء الذى اشتراه . وكذلك يعتبر الموهوب له خلفاً خاصاً للواهب فيما وهبه إياه . ومن يتقرر له حق ارتفاق أو حق رهن ، يعتبر أيضاً خلفاً خاصاً لمالك الشيء الذى تقرر الحق عليه . ويعتبر خلفاً خاصاً ، فى النهاية ، من ينتقل إليه حق شخصى كان سلفه دائناً به من قبل ، عن طريق حوالته إليه (١) .

وانصراف آثار العقد إلى الخلف يتنوع فى حكمه ، بحسب ما إذا كان هذا الخلف عاماً أو خاصاً . وذلك على النحو التالى :

٢٨٦ – انصراف آثار العقد إلى الخلف العام :

الأصل أن آثار العقد ، بعد أن تلحق المتعاقدين ، تنصرف ، على أثر موت كل منهما ، إلى خلفه العام . وفى ذلك تقضى المادة ١٤٥ بأنه :

=التأميم بحالة الاندماج . ثم إنه لا يقبل عقلا أن تنتقل حقوق المؤسسة المؤممة إلى الدولة بكاملها ، ولا تنتقل إليها – بغير نص خاص – الديون التى كانت عليها ، وتضيع من ثم على أصحابها . على أن الخلافة العامة لا تكون إلا إذا أممت المؤسسة ككل .

وقد رفضت محكمة النقض كذلك فكرة الخلافة العامة فى حالة استيلاء الدولة على أموال الآخرين من أفراد أو شركات . انظر : نقض ١٩٦٩/١٢/٣٠ طعن ٣٥/٤١٢ مجموعة النقض س ٢٠ ص ١٣٦٣ رقم ٢١٢ . وقد قضى هذا الحكم بأنه ليس من شأن القانون رقم ٢١٢ لسنة ١٩٦٠ بشأن تنظيم تجارة الأدوية ونحوها – والذى قضى باستيلاء وزارة التموين على المهمات الطبية الموجودة لدى الغير وتسليمها إلى المؤسسة العامة لتجارة وتوزيع الأدوية – أن تحل هذه المؤسسة الأخيرة محل المستولى لديهم فى حقوقهم والتزاماتهم ، وأن يبقى هؤلاء الأخيرون مسئولين عن ديونهم إزاء دائنيهم . وهذا من محكمتنا العليا قضاء سليم . إذ أن مجرد الاستيلاء على بعض أموال شخص لا يفنى شخصيته فى شخص المستولى .

(١) ومثال ذلك أن يكون لـ (أ) حق مقداره مائة جنيه على (ب) ، ثم يحول (أ) حقه هذا إلى (جـ) ؛ هنا يعتبر (جـ) خلفاً خاصاً لـ (أ) . أما إذا نشأ الحق الشخصى ابتداء كما إذا أقرض شخص آخر مبلغاً من النقود ، فلا تكون ثمة خلافة . فالمقترض لا يعتبر خلفاً للمقرض ، وإنما هو دائن له . إذ أن الخلافة لا تكون ، إلا حينما يوجد الحق لشخص ثم ينتقل منه إلى غيره . فهى لا تتوافر إذا تواجد الحق للشخص ابتداء .

« ينصرف أثر العقد إلى المتعاقدين والخلف العام ، دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث . مالم يتبين من العقد أو طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام » .

فبعد أن يموت العاقد . تنصرف آثار العقد ، الذى سبق له أن أبرمه . إلى خلفه العام . أى إلى وارثه ، ومن عساه أن يكون قد أوصى له بحصة من تركته . هذه هى القاعدة العامة .

وإذا كانت آثار العقد الذى أبرمه السلف تسرى على خلفه العام . فإن العقد نفسه يسرى على الخلف العام بنفس الوضع الذى كان سارياً به من قبل على سلفه . وهكذا لا يلزم لسريان عقد السلف على خلفه العام وانصراف آثاره إليه أن يكون ثابت التاريخ [1] . كما أن الخلف لا يكون له من أدلة الإثبات فى مواجهة المتعاقد مع سلفه . إلا ما كان لهذا الأخير منها [2] .

وتسرى قاعدة انصراف آثار العقد الذى يبرمه السلف إلى خلفه العام بالنسبة إلى الحقوق التى يرتبها العقد . فإذا مات البائع مثلا . خلفه وارثه فى الحقوق التى تنشأ من البيع . لاسيما الثمن . وإذا مات المشترى . خلفه وارثه فى حقوقه . وعلى الأخص ما يتعلق منها بنقل الملكية وبتسلم المبيع .

أما بالنسبة إلى الديون ، فلا يعمل فى ظل قانوننا المصرى . شأنه فى ذلك شأن غيره من قوانين البلاد التى تقضى بخضوع الميراث لحكم الشريعة الإسلامية : بأحكام الخلافة كقاعدة عامة . إذ يحول دونها المبدأ العام الذى يسود نظام الميراث الإسلامى . وهو مبدأ « لا تركة إلا بعد سداد الديون » . فإذا مات العاقد . وكان من شأن العقد الذى سبق له أن أبرمه أن يحمله بالتزام معين ، فالأصل أن يبدأ بتصفية هذا الالتزام عن طريق أدائه من أموال التركة ، ثم يوزع الفائض من هذه الأموال على الورثة . فكأن الوارث إذن

---

(١) انظر نقض ١١/٥/١٩٧٢ ، مجموعة النقض س ٢٣ ص ٨٥٢ .

(٢) انظر نقض ٢٣/٣/٦١ طعن ٤٥٩/٢٥ ق مجموعة النقض س١٢ ص٢٦٠رقم٣٥ .

لا يخلف سلفه فى دينه [١]. وإنما الذى يخلفه فيه . فى الحقيقة ، هو تركته [٢] . وهذا هو ما أراد المشرع أن يتحفظ بشأنه بقوله إن أثر العقد ينصرف إلى الخلف العام ، « دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالميراث » . بيد أن الوارث ، وإن كان من الناحية القانونية لا يخلف مورثه فى ديونه ، إلا أنه يتأثر بتلك الديون بطريق غير مباشر ، حيث إنها تقلل بالضرورة من أموال التركة . وبالتالى من حصته فيها .

وإذا كانت القاعدة العامة هى أن آثار العقد تنصرف من بعد موت العاقد إلى خلفه العام . فى الحدود التى رسمناها . إلا أن هذه القاعدة ليست مطلقة . إذ ترد عليها الاستثناءات الآتية :

١ — إذا تضمن العقد أن أثراً من آثاره لا ينتقل من العاقد إلى خلفه . مادام الشرط القاضى بذلك لا يخالف النظام العام . ومثال هذه الحالة . أن يؤجر شخص لآخر سيارته لمدة معينة . ويتفقان على إنهاء الإجارة بموت المستأجر . إذا وقع قبل فواتها .

٢ — إذا اقتضت طبيعة التعامل أن الحق الناشىء من العقد لا ينتقل إلى الخلف أو أن الالتزام لا يثقل تركته . ويحصل ذلك فى كل حالة يبرم فيها العقد بمراعاة شخصية المتعاقد . كعقد الشركة ، وعقد المزارعة ، وعقد

---

(١) وهذا بخلاف المعمول به فى القانون الفرنسى . حيث يعتبر الوارث مجرد امتداد لشخصية المورث ، الأمر الذى يترتب عليه أن يخلف الأول الثانى فى كل حقوقه وكل ديونه على سواء . والنتيجة المترتبة على هذا المبدأ هى أن الوارث يلتزم بديون مورثه بالغة ما بلغت قيمتها ، أى حتى لو زادت فى مداها عن نصيبه من أمواله . بيد أن القانون الفرنسى يلجأ إلى تخفيف حدة هذه القاعدة بأن يخول للوارث ألا يلتزم بديون مورثه إلا فى حدود ما يناله من تركته ، وذلك إذا ما قبل التركة بشرط الجرد Sous bénéfice d'inventaire ، كما يخوله أيضاً حق رفض التركة برمتها .

(٢) على أن قصر الخلافة على الحقوق دون الديون . نتيجة إعمال قاعدة « لا تركة إلا بعد سداد الديون » . لا يكون بطبيعة الحال إلا بالنسبة إلى الشخص الطبيعى أى الإنسان . أما بالنسبة إلى الشخص الاعتبارى ، فإن خلافته العامه لسلفه تعم على الديون كما تعم على الحقوق — راجع فى ذلك هامش (١) ص ٥٧٠ .

الوكالة [١] ، والعقد الذى يلزم به طبيب بعلاج مريض .

٣ — إذا قضى القانون بأن أثر العقد أو التصرف عموماً لا ينصرف إلى الخلف . وأهم ما يقضى به القانون فى هذا الصدد هو ما تعلق بالوصية . فإن كان القانون يبيح للشخص أن يتصرف فى كل ماله تصرفاً نافذاً فى حق ورثته ، حتى لو كان ذلك بطريق التبرع ، وحتى لو قصد من تصرفه ألا يخلف لورثته من بعده شيئاً [٢] ، مادام هذا التصرف غير مضاف فى إنتاج أثره إلى ما بعد موت صاحبه ، إلا أنه يقيد حق الشخص فى إجراء التصرفات المضافة فى إنتاج أثرها إلى ما بعد وفاته ، أى هو يقيده فى إجراء الوصية . فإن كان للشخص ، مثلا ، أن يبيع ماله ولو كله ، أو يهبه أو يقفه على الخير ، مع سريان تصرفه من بعد موته على ورثته ، إلا أنه لا يسوغ له إجراء وصية فى حق هؤلاء الورثة ، إلا فى حدود ثلث ما يخلفه فى تركته [٣] .

---

(١) انظر : نقض ١٣/٢/١٩٦٨ طعن ١٠٦/٣٣ق مجموعة النقض س ١٩ ص ٢٥٤ رقم ٣٨ . وقد جاء فى هذا الحكم أنه « يبين من نص المادة ١٤٥ من القانون المدنى ومذكرته الإيضاحية أنها وضعت قاعدة عامة تقضى بأن آثار العقد لا تقتصر على المتعاقدين ، بل تجاوزهم إلى من يخلفهم خلافة عامة عن طريق الميراث أو الوصية ، واستثنى من هذه القاعدة الحالات التى تكون فيها العلاقات القانونية شخصية بحتة . وهى تستخلص من إرادة المتعاقدين صريحة أو ضمنية أو من طبيعة العقد أو من نص فى القانون » .

(٢) وهنا يبرز الفارق الكبير بين الورثة وبين الدائنين . فالقانون وإن كان لا يحمى الأولين من تصرفات المورث المنجزة ، أى التى من شأنها أن تنتج آثارها حال الحياة ، فهو يحمى الدائنين من تصرفات مدينهم ، إن كان معسراً ، عن طريق الدعوى البولسية بشروطها القانونية (المادة ٢٣٧ وما بعدها) .

(٣) والحكمة التى أدت بالمشرع إلى إجراء هذه التفرقة بين التصرفات المنجزة ، كالبيع والهبة والوقف من ناحية ، والتصرف المضاف إلى ما بعد الموت ، وهو الوصية ، من ناحية أخرى ؛ الحكمة من هذه التفرقة هى أن فى نفاذ التصرفات الأولى حال حياة المتصرف وحرمانه بالتالى شخصياً من الأموال التى وردت عليها ، ما يجعله يتردد فى إجرائها ، ولا يلجأ إليها إلا عند الضرورة . وهكذا يكون الورثة فى هذا المجال مشمولين بالحماية ، وإن كان ذلك بطريق غير مباشر . أما الوصية ، فهى لا تنتج أثرها إلا بعد وفاة مجريها . وهى بذلك لاتحرم هذا الأخير شخصياً من المال . الأمر الذى قد يشجعه على إبرامها ، فيضار الورثة منها . لذلك عمد المشرع إلى حماية الورثة من آثار الوصيه ، فقرر أنها لا تسرى فى حقهم ، إلا فى حدود الثلث .

هكذا نصل إلى أن القانون يقضي بأن آثار الوصية لا تنصرف إلى الورثة فيما تجاوز الثلث . ولم يكتف القانون بذلك . بل قرر أن كل تصرف يجريه الشخص في مرض موته . على سبيل التبرع ، يعتبر وصية ويأخذ حكمها . أياً ما كانت التسمية التي تطلق عليه (المادة ١/٩١٦) . ثم إنه أقام قرينة قانونية مؤداها افتراض أن التصرف الصادر في مرض الموت قد جاء على سبيل التبرع ، ما لم يثبت من صدر له هذا التصرف أنه قد أجرى معاوضة (المادة ٣/٩١٦) . والورثة في إثباتهم أن التصرف قد صدر من مورثهم في مرض موته ، يعتبرون في حكم الغير . لأنهم يستهدفون بذلك اعتباره وصية[1] . وبالتالي عدم سريانه في حقهم . إلا في حدود الثلث . ولذلك فلا يحتج عليهم بتاريخ التصرف ، إن لم يكن ثابتاً بوجه رسمي . وهنا يحق لهم أن يقيموا الدليل على أن التصرف قد صدر حقيقة في مرض الموت بكافة أدلة الإثبات (المادة ٢/٩١٦) .

ومما يقضي به القانون في خصوص عدم سريان أثر العقد في حق الخلف العام أن حق نقض الاشتراط لمصلحة الغير لا يكون إلا للمشترط . فلا ينتقل من بعده إلى خلفه ، على نحو ما سنبينه بعد قليل عند تناول الاشتراط لمصلحة

---

(١) انظر : نقض ١٩٦٦/١/١٣ طعن ٣١/٢٢٠ق مجموعة النقض س ١٧ ص ٦٣ ؛ رقم ١٧ . وقد جاء في هذا الحكم أن « التصرفات المنجزة الصادرة من المورث في حال صحته لأحد ورثته تكون صحيحة ، ولو كان المورث قد قصد بها حرمان بعض ورثته ، لأن التوريث لا يقوم إلا على ما يخلفه المورث وقت وفاته . أما ما يكون قد خرج من ملكه حال حياته فلا حق للورثة فيه . ولا يعتبر الوارث في حكم الغير بالنسبة إلى التصرف الصادر من المورث إلى وارث آخر إلا إذا كان طعنه على هذا التصرف هو انه ... في حقيقته وصية ، أو أنه صدر في مرض موت المورث . فيعتبر حينئذ في حكم الوصية ، لأنه في هاتين الصورتين يستمد الوارث حقه من القانون مباشرة حماية له من تصرفات مورثه . . » . وانظر كذلك نقض ١٩٦٤/٤/٩ ، مجموعة النقض س ١٥ ص ٥٢٥ رقم ٨٤ . وقد جاء في هذا الحكم أن الوارث في طعنه في البيع الصادر من مورثه بأنه وصيه أو بأنه في مرض الموت ، يستمد حقه في الطعن من القانون . لا باعتباره خلفاً عاماً . ومن ثم يكون له الإثبات بكل الطرق . أما إذا كان يطعن في تصرف مورثه بالصورية المطلقة ، فهو يعتبر خلفا عاما ، ولا يكون له إلا ما كان لسلفه .

الغير . ومما يقضى به القانون فى هذا الصدد أيضاً ما تعلق بعقد الوكالة [1] . إذ أن الوكالة تنتهى بحسب الأصل بموت أى من الموكل أو الوكيل (المادة ٧١٤) .

يخلص من كل ما سبق أن الأصل هو أن أثر العقد . أو التصرف عموماً . ينصرف من بعد وفاة العاقد . إلى خلفه العام . « مالم يتبين من العقد أو من طبيعة التعامل أو من نص القانون أن هذا الأثر لا ينصرف إلى الخلف العام » .

٢٨٧ — انصراف آثار العقد إلى الخلف الخاص :

تنصرف آثار العقد الذى يبرمه السلف . بشروط محددة . إلى خلفه الخاص . وفى ذلك تقضى المادة ١٤٦ بأنه : « إذا أنشأ العقد التزامات وحقوقاً شخصية تتصل بشىء انتقل بعد ذلك إلى خلف خاص . فإن هذه الالتزامات والحقوق تنتقل إلى هذا الخلف فى الوقت الذى ينتقل فيه الشىء . إذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشىء إليه » .

فإذا أبرم شخص عقداً . وأنشأ هذا العقد فى ذمته حقوقاً أو التزامات متصلة بشىء معين . كما إذا أمن على منزله ضد خطر الحريق . ثم انتقل هذا الشىء إلى آخر . كما إذا باعه له . فإن الحقوق أو الالتزامات السابقة تنتقل . مع انتقال الشىء . من السلف إلى الخلف . على أنه يلزم . لحصول هذا الانتقال . أن تتوافر الشروط الآتية :

١ — يجب أن يكون العقد الذى أنشأ الحقوق أو الالتزامات التى يقع فيها الاستخلاف سابقاً فى إبرامه على انتقال الشىء من السلف إلى الخلف . فلو أن شخصاً أمن على منزله ضد الحريق . ثم باعه . أمكن لحقه فى التأمين أن ينتقل منه إلى المشترى . أما إذا أبرم التأمين بعد البيع ، فإن الاستخلاف لا يحل فى الحق المتولد عنه . وإذا التزم شخص نحو جاره بألا يبنى على أرضه.

---

(١) انظر نقض مدنى ١٩٦٨/٢/١٣ ، مجموعة النقض س ١٩ ص ٢٥٤ رقم ٣٨ السابقة الإشارة إليه . وقد قضى هذا الحكم بعدم سريان وكالة المحامى على ورثة موكله ، وبعدم أحقيته بالتالى فى مطالبتهم شخصياً بأتعابه عن مجهوداته التالية لوفاة المورث .

أو بألا يبنى عليها لأكثر من ارتفاع محدد ، حتى يمكنه من الهواء والنظر ، ثم باع الملتزم أرضه تلك فى تاريخ لاحق ، انتقل الالتزام بعدم البناء إلى المشترى ، حيث يستخلف البائع فيه ، بشرط أن يكون عالماً بالتقييد فى البناء عند البيع ، على نحو ما سنذكره فى الشرط الثالث . ومؤدى القواعد العامة هنا أن يكون السبق فى تاريخ نشوء الالتزام على البيع ثابتاً بوجه رسمى [١] ، إذ أن المشترى ، بالنسبة إلى العقد الذى ولّد الالتزام بالتقيد فى البناء ، يعتبر من الغير . بيد أن فى تطلب علم الخلف الخاص بالعقد الذى أبرمه سلفه قبل خلافته إياه ، والذى يراد له أن ينصرف أثره إليه ، ما يغنى عن ثبوت تاريخه ؛ أو هو فى مقام ثبوت هذا التاريخ . فما دام الخلف يعلم أن سلفه قد سبق له أن أبرم العقد الذى رتب الالتزام المتعلق بالشىء الذى صارت من بعد خلافته فيه ، فيكون غير ذى موضوع أن يحاج بعدم ثبوت تاريخه بوجه رسمى [٢] .

(١) راجع الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢٧٥ فيما جاء فيها تعليقاً على المادة ٢٠٦ تمهيدى .

(٢) انظر : نقض ١/٢/١٩٦٦ طعن ٣٠٧/٣١ق مجموعة أحكام النقض س ١٧ ص ٢٢١ رقم ٢٩ . وتتلخص وقائع الدعوى التى صدر فيها هذا الحكم فى أن شخصاً تعهد لآخر بأن يقيم مبنى من ستة طوابق ويؤجره له لكى يستعمله فندقاً ، كما تعهد له بأن يركب فى هذا المبنى مصعداً . أتم المؤجر البناء وسلمه للمستأجر ، دون أن يركب المصعد ، ثم باع المبنى لابنته حالة كونها تعلم بالتزامه بتركيب المصعد . طالب المستأجر بعد ذلك أن تسمح له المحكمة بتركيب المصعد على أن يرجع بالتكلفة على المشترية ، باعتبار أنها خلف خاص للبائع ينصرف إليها التزامه بتركيب المصعد . دفعت المشترية الدعوى بقالتها إن العقد الذى ولد على سلفها (البائع)الالتزام بتركيب المصعد ليس ثابت التاريخ قبل انتقال ملكية المبنى إليها . ولم تسايرها محكمتنا العليا فى هذا النظر ، اعتباراً بأن علمها قبل انتقال ملكية المبنى اليها بالتزام سلفها بتركيب المصعد يغنى عن ثبوت التاريخ بوجه رسمى ، بل إنه فى مقامه . وهى فى ذلك تقول إن مفاد المادة ١٤٦ مدنى ، « إذ تقرر القاعدة العامة بشأن انصراف أثر العقد إلى الخلف الخاص ، اشترطت أن يكون انتقال ملكية الشىء إليه قد جاء بعد إبرام العقد الذى ينصرف أثره إلى هذا الخلف الخاص عالما بالعقد وقت انتقال الملكية إليه . وإذ لم تتطلب هذه المادة أن يكون العقد ثابت التاريخ ، فذلك لأن العلم من جانب الخلف الخاص يقوم مقام ثبوت التاريخ ، ويعد طريقاً من طرق إثبات الورقة العرفيه ضده ، فتصبح الورقة حجة عليه من وقت علمه بها بوصفه خلفاً خاصاً ... » . وانظر فى هذا الاتجاه ، وفى خصوص أن علم المتصرف إليه بالعين المؤجره بإيجارها يغنى عن ثبوت تاريخ الإيجار بوجه رسمى ، مؤلفنا عقد الإيجار نبذة ٧٩ .

٢ — يجب أن تكون الحقوق أو الالتزامات التي يحصل فيها الاستخلاف متصلة بذات المال الذى انتقل من السلف إلى الخلف . بحيث تنشأ الحقوق فى خدمة هذا المال بطريق مباشر . على نحو يمكن معه القول بأنها تتصل به على اعتبار أنها من توابعه هو الخادمة له والمفيدة فى استخلاص (١) المنفعة منه (٢) . وبحيث تنشأ الالتزامات (٣) لتحد من الانتفاع بالمال وتضيق من مجال الإفادة منه ، على نحو يمكن معه القول بأنها تعتبر من محدداته (٤) .

فالحقوق والالتزامات التي يحصل فيها الاستخلاف يلزم أن تكون قد

---

(١) وقد جاء فى مذكرة المشروع التمهيدى عن المادة ٢٠٦ منه التى أصبحت المادة ١٤٦ من القانون ، ما يأتى : « والثانى (الشرط الثانى) أن تكون الحقوق والالتزامات الناشئة عن العقد مما يعتبر من مستلزمات هذا الشيء . ويتحقق ذلك إذا كانت هذه الحقوق مكملة له كعقود التأمين . مثلا . أو إذا كانت تلك الالتزامات تحد من حرية الانتفاع به ، كما هو الشأن فى الالتزام بعدم البناء » .

(٢) ومن الحقوق التى اعتبرها القضاء من توابع الشيء ، والتى يشملها بالتالى الاستخلاف ، حق رجوع المشترى على بائعه بضمان الاستحقاق وبضمان العيب الخفى ، فهذا الحق ينتقل إلى المتصرف إليه من المشترى ، بحيث يستطيع الرجوع على البائع الأصلى بدعوى مباشرة ، وليس فقط بدعوى مدينه (انظر نقض باريس ١٢ نوفمبر ١٨٨٤ . دالوز ١٨٨٥ ، ١ ، ٣٥٧) . وانظر فى نفس المعنى : السنهورى ، الوسيط ج ١ ط ٢ ص ٦١٠ هامش ٢) ، وحق المشترى فى تسلم المبيع من بائعه ، حيث ينتقل هذا الحق لمن يشترى ثانية الشيء من مشتريه الأول (راجع نقض مصرى مدنى ١٩٥١/١٢/٢٧ ، مجموعة أحكام النقض س ٣ رقم ٥٣ ص ٣٠١ . وقد جاء فى هذا الحكم أن عقد البيع ينقل للمشترى جميع الحقوق المتعلقة بالمبيع والدعاوى المرتبطة به ، ومنها حق البائع فى تسلم المبيع من البائع السابق) . وحق مالك البناء بالرجوع بالمسئولية على المهندس أو المقاول ، حيث ينتقل حقه هذا مع العين نفسها عند تصرفه فيها كما لو باعها (انظر Trib. civ. seine ١٩٤٤/٧/٧ ، سيرى ١٩٤٥ — ٢ — ٩ . وانظر أيضاً Aix ١٩٥٤/١٠/٦ ، . J.C.P. ١٩٥٥ — ٢ — ٨٥٤٨ وتعليق Rodière ، ومنشور أيضاً فى rev. tr. dr. civ. ١٩٥٥ ص ٦٧٤ وملاحظات Carbonnier .

(٣) المقصود بالالتزامات هنا هو مدلولها الحقيقى . أما الأعباء العينية التى تتمثل حقوقاً عينية كحقوق الارتفاق أو الرهون ، فهى تسرى بالضرورة فى مواجهة الخلف الخاص فى كل الأحوال ، اعتباراً بأنها تحد عينياً من ملكية السلف . الذى لا يستطيع أن ينقل إلى خلفه أكثر مما له .

(٤) وقد قضى بأن التزام المؤجر بأن يركب مصعداً فى عمارته لمصلحة المستأجر ينتقل إلى من يشترى منه هذه العمارة (نقض مصرى ١٩٧٦/٦/٩ مجموعة النقض س ٢٧ ص ١٣٢٢ رقم ٢٥ . انظر أيضاً نقض ١٩٦٦/٢/١ مجموعة النقض س ١٧ ص ٢٢١ وقد سبقت الإشارة اليه .) .

تقررت للسلف مع مراعاة العين نفسها [١] . لا بمراعاة شخصه هو . بل إنه لا يكفى مجرد أن تكون تلك الحقوق والالتزامات قد ترتبت للسلف أو عليه مع مراعاة العين نفسها . وليس بمراعاة شخصه هو ، وإنما يتوجب أن تكون متصلة مباشرة بالعين بحيث يمكن . كما سبق أن قلنا ، للحقوق أن تعتبر من توابعها التى تخدمها وتسهل الانتفاع بها ، وللالتزامات أن تعتبر من محدداتها التى تضيق من نطاق الانتفاع بها وتقع عبءاً عليها . ويلاحظ أن مثل هذه الالتزامات تقترب إلى حد ما من حقوق الارتفاق . وأن اختلفت عنها اختلافاً أساسياً فى كونها شخصية . حالة كون الارتفاقات هى حقوق عينية . ولتقارب مثل هذه الالتزامات من حقوق الارتفاق . جرى بعض الفقهاء على نعتها بالالتزامات العينية obligations réelles أو بالالتزامات مع مراعاة العين intuiti rei أو المتعلقة بالعين propter rem .

وإذ خلصنا إلى أن الحقوق والالتزامات التى يحصل فيها الاستخلاف هى تلك التى تكون متصلة بالشىء الذى ينتقل من السلف إلى الخلف على نحو ما بيناه . فإننا نلاحظ أن المادة ١٤٦ عبرت عنها . بالنسبة إلى هذا الشىء . بقولها إنها « من مستلزماته » . وهى عبارة بعيدة كل البعد عن التوفيق . إذ أن معناها الحرفى هو الأمور التى يتحتم تواجدها حتى يؤدى الشىء الغاية المقصودة منه . وليس هذا هو المقصود فى الخلافة الخاصة بطبيعة الحال . وإنما المقصود منها هو الذى سبق أن قلناه من لزوم اتصال الحقوق والالتزامات بالشىء الذى يحصل الاستخلاف فيه اتصالا مباشراً ، بحيث يمكن اعتبار الأولى من توابعه الخادمة له واعتبار الثانية من محدداته .

فحق صاحب المنزل فى تأمينه ضد خطر الحريق . الثابت له بمقتضى عقد التأمين . يعتبر من توابعه . حتى إذا ما انتقل هذا المنزل إلى خلف خاص . كمشتر . أمكن لذالك الحق فى التأمين أن يشمله الاستخلاف [٢] .

---

(١) انظر هذا المعنى : Aubry et Rau ، طبعة ٦ التى أصدرها Bartin ج ٢ بند ١٧٦ص٩٩– Boudry-Lacantinerie طبعة ٣ ص ٦٣٨ – Josserand ج٢ ص ١٣٥ .

(٢) راجع المذكرة الإيضاحية عن المادة ٢٠٦ تمهيدى التى أصبحت المادة ١٤٦ من القانون ، مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢٧٥ .

وإذا اتفق صاحب عماره مع شركة مصاعد على أن تتولى الإشراف على مصعده وعلى صيانته ، اعتبر حقه الناشيء من هذا العقد من توابع العمارة ، حتى إذا ما بيعت ، أمكن لذالك الحق أن ينتقل معها إلى المشترى . أما إذا كان الحق الناشيء بمقتضى العقد لا يعتبر من توابع المال ذاته ، لاسيما إذا كان متعلقاً بالشخص نفسه ، ما شمله الاستخلاف . ومثال ذلك أن يتفق شخص مع مقاول على أن يبنى له على أرضه منزلا ، ثم يبيع هذه الأرض ، فهنا لا يشمل الاستخلاف حق البائع قبل المقاول [١] .

والالتزام الذى يتصل بالشيء ذاته ، بحيث يضيق من نطاق استعماله والانتفاع به ، يعتبر من محدداته ، ويجوز بالتالى للاستخلاف أن يشمله . ومثال ذلك أن يتعهد صاحب أرض بألا يتجاوز بالبناء عليها ارتفاعاً محدداً ، أو أن يتعهد بأن يترك ، عند البناء فيها ، قدراً معيناً من المساحة بغير بناء[٢] ؛ هنا يعتبر تحديد الانتفاع بالأرض ، حتى لو لم يتقرر إلا بمقتضى التزام شخصى ، أى حتى لو لم يتقرر بمقتضى حق ارتفاق مسجل وفقاً للقانون ، من محدداتها ، حتى إذا ما انتقلت ملكية هذه الأرض إلى شخص معين ، أمكن للاستخلاف أن يشمل التحديد فى استعمالها . أما إذا كان الالتزام لا يعتبر من محددات الشيء ذاته بالمعنى الذى بيناه ، فلا يشمله الاستخلاف . ومثال هذه الحالة الأخيرة أن يعد صاحب أرض أو دار بأن يؤجرها لآخر ، ثم يبيعها لثالث ؛ هنا لا يعتبر المشترى ملتزماً بالوعد بالإيجار ، إذ أن الاستخلاف لا يشمل الوعد بالإيجار [٣] ، لعدم اعتباره من محددات العين المؤجره ذاتها [٤] .

---

(١) ويختلف الأمر لو أن المبيع مبنى فى دور الاكتمال ، وعلى الأخص إذا كان فى دور التشطيب ، إذ أنه يمكن هنا القول بأن حقوق المالك إزاء المقاول فى إنجاز المبنى على نحو ما يقضى به عقد المقاولة تبتعد عن ذات شخصه ، لتقترب من المبنى ذاته ، وتتصل به على اعتبار أنها من توابعه الخادمة له ، ومن ثم يمكن للاستخلاف أن يشملها .

(٢) راجع المذكرة الإيضاحية عن المادة ٢٠٦ تمهيدى ، مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢٧٥ .

(٣) انظر فى هذا المعنى : مؤلفنا عقد الإيجار ، نبذة ٣٢٠ .

(٤) انظر تمييز الكويت ١٩٧٤/٤/٢٤ ، القضاء والقانون س ٥ ع ١ ص ١١٢ رقم ٢٩ . وقد جاء فى هذا الحكم أنه وفقاً للمادة ١٤٢ تجارى ملغى (المقابلة للمادة ١٤٦ مدنى مصرى) =

٣ — والشرط الثالث والأخير خاص بانتقال الالتزامات المتصلة بالشيء إلى الخلف الخاص وحدها دون الحقوق . ومؤداه أن يكون هذا الأخير عالماً بها عند انتقال الشيء إليه [١] . أما الحقوق . فيمكن دائماً للخلف الخاص أن يطلب انتقالها اليه ، ما دامت من توابع الشيء . فالتابع يتبع متبوعه .

تلك هي الشروط اللازم توافرها لانصراف آثار العقد الذى يبرمه السلف فى حق خلفه الخاص ، وفقاً لما تقضى به القاعدة العامة المقررة بمقتضى المادة ١٤٦ . وقد يبتعد المشرع بنص خاص . وفى حالة معينه . عن هذه الشروط على نحو أو على آخر . فيتواجد تطبيق تشريعى لقاعدتنا له حكمه المتميز . وأبرز صورة لذلك سريان عقد الإيجار بما يرتبه من حقوق والتزامات على المؤجر فى حق من تنتقل إليه ملكية العين المؤجرة (المادة ٦٠٤) . فى هذه الحالة . تنصرف آثار الإيجار إلى الخلف الخاص . حتى لو لم يكن عالما عند انتقال ملكية العين إليه بسبق إيجارها [٢] .

٢٨٨ — تأثر الدائنين بالعقود التى يبرمها المدين :

لا تنصرف آثار العقود التى يبرمها المدين إلى دائنيه ، بالمعنى الذى قصدناه عند الكلام فى انصراف تلك الآثار إلى الخلف . عاماً كان أم خاصاً . فآثار العقد تنصرف من بعد السلف إلى الخلف . بمعنى أن هذا الأخير يخلف الأول فيما رتبه العقد له من حقوق . كما أنه يتأثر بالالتزامات التى

= لا تسرى الالتزامات التى كان يتحمل بها السلف على خلفه الخاص الذى انتقل إليه منه شيء معين ، » إلا إذا كانت محددة لذلك الشيء مثقلة له ، كأن تحد من حرية الانتفاع به أو تقيد حق مالكه فى استعماله . أما ما يرتبه السلف من التزامات شخصية ، كالتزام المؤجر بأن يكون قد أجر العين قبل بيعها ، فإن هذا الالتزام لا ينتقل إلى المشترى . إلا إذا وجد نص قانونى خاص أو تم الاتفاق عليه بين السلف وخلفه . . . » .

(١) ويشترط هنا العلم اليقينى . فلا يكفى إمكان العلم . راجع الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢٧٧ وما بعدها .

(٢) انظر . فى سريان الايجار فى مواجهة من تنتقل اليه ملكية العين المؤجرة ، مؤلفنا عقد الايجار نبذة ٣١٥ وما بعدها . وانظر كذلك نقض ١٩٧٦/٦/٩ ، مجموعة النقض س ٢٧ ص ١٣٢٢ ، وقد سبقت الإشارة إليه .

حمله بها فى الحدود التى رسمناها . أما الدائنون ، فهم لا يلتزمون بآثار العقد ، بهذا المعنى . فهم لا يصبحون أصحاب الحقوق التى يرتبها العقد للمدين ، كما أنهم لا يلتزمون بالوفاء بالديون التى يحمله بها . وهكذا فلا يسوغ أن يعتبر الدائن خلفاً عاماً للمدين ، كما ذهب إلى ذلك بعض الشراح من الأقدمين ، جامعين بذلك بينه وبين الورثة ومن فى حكمهم من الموصى لهم بحصة فى التركة .

وإذا كان الدائن لا يعتبر خلفاً للمدين ، فليس معنى ذلك أنه لا يتأثر بالعقود التى يبرمها . فلهذه العقود تأثيرها عليه . ولكن بطريق آخر غير مباشر . فالقانون يجعل من جميع أموال المدين ضماناً عاماً لكل من دائنيه (المادة ٢٣٤) . فإن أبرم المدين عقداً رتب له حقاً ، أو حمله بدين ، فإن دائنيه يتأثرون بالضرورة ، إذ أن الضمان العام الذى لهم يزيد أو ينقص ، على حسب الأحوال . ويظهر تأثر الدائنين بعقود المدين ، على وجه الخصوص ، فى حالة إعساره أو إفلاسه .

وإذا كان الدائنون يتأثرون بالعقود التى يبرمها مدينهم فى الحدود التى رسمناها ، فهم يتأثرون بها ، كقاعدة عامة ، بنفس الوضع الذى يسرى عليه هو . فلا توجد ثمة علاقة مباشرة بين الدائنين وبين الآثار التى تترتب على عقود المدين . فإن مستهم تلك الآثار ، فما ذلك إلا لأنها تنصرف إلى ذمة المدين ، فتغير فيها زيادة أو نقصاناً ، ثم يرتد بعد ذلك أثرها عليهم ، عن طريق ذمة المدين نفسها ، بسبب زيادة ضمانهم العام أو ضعفه . هذه هى العلة فى أن الدائنين ، كأصل عام ، يتأثرون بعقود مدينهم بنفس الوضع الذى يتأثر هو به [1] . وهذا هو سبب الخلط بين الدائنين وبين الورثة فى الفقه القديم ، حيث اعتبروا ، مثلهم ، ضمن الخلف العام .

وإذا كانت القاعدة العامة هى أن الدائنين يتأثرون بعقود المدين ، فى

---

(١) ومن أهم النتائج التى تترتب على أن الدائنين يتأثرون بعقود المدين فى الحدود التى رسمناها ، بنفس الوضع الذى يسرى عليه هو ، أنه لا يلزم للاحتجاج عليهم بتلك العقود أن تكون ثابتة التاريخ .

الحدود التي رسمناها ، بنفس الوضع الذي يسري عليه هو ، فهذه القاعدة ليست مطلقة . إذ يرد عليها استثناءان هامان . يستهدف أولها حماية الدائنين من الغش الذي قد يلجأ إليه المدين أضراراً بهم . ويستهدف ثانيهما تأمينهم من خطر المظهر الكاذب الذي يصوره المدين ، أو يشرك في تصويره ، ليخفي حقيقة قانونية معينة . ومؤدى الاستثناء الأول ، أنه يجوز للدائن ، بشروط معينة . اعتبار التصرف الذي يضره والذي قام على الغش [١] ، غير نافذ في حقه . ووسيلته إلى ذلك الدعوى البولصية (المادة ٢٣٧ إلى ٢٤٣) . أما الاستثناءالثاني . فمؤداه أنه يسوغ للدائن . إن كان ذلك في مصلحته ، أن يتمسك بالتصرف الكاذب . إذا كان يجهله ، أو يتمسك بالتصرف الحقيقي . أيهما يراه له أوفق . ووسيلته إلى ذلك دعوى الصورية (المادة ٢٤٤) .

المبحث الثاني

عدم انصراف آثار العقد إلى الغير

٢٨٩ — بينا ، فيما سبق ، أن آثار العقد تنصرف إلى العاقدين ، ثم من بعدهما . إلى الخلف عاما كان أم خاصاً ، في حدود معينة رسمناها . كما بينا أن تلك الآثار ترتد إلى الدائنين . بطريق غير مباشر . حيث إنه يرتب عليها زيادة الضمان العام أو نقصه . ونتناول هنا آثار العقد بالنسبة إلى الغير .

والقاعدة الأساسية العامة في آثار العقود . بالنسبة إلى الغير ، أنها لا تنصرف إليهم.أي أنها لاتسري في حقهم . فالعقود لا ترتب لهم في الأصل حقاً ولا تحملهم بالتزام [٢] . والمقصود هنا بالغير هو كل شخص ، عدا العاقدين وخلفاءهما ودائنيهما . وهكذا فالأصل في العقود أنها لا تضر الغير . ولا تنفعهم .

---

(١) بل إن الغش لا يلزم هنا ، إلا بالنسبة إلى التصرفات بعوض . أما التصرفات بغير عوض . أي التبرعات ، فالغش غير لازم بالنسبة إليها .

(٢) راجع نقض ١٩٧١/١/٢ ، مجموعة النقض س ٢٢ ص ١٤٦ — نقض ١٩٦٤/١١/١٢ ، مجموعة النقض س ١٥ ص ١٠٢٢ رقم ١٥٣ .

وإذا كانت القاعدة العامة هى أن العقود لا تضر الغير ولا تنفعهم ، فإنها تنشطر إلى قاعدتين فرعيتين آساسيتين : قاعدة أن العقد لا يضر الغير ، وقاعدة أن العقد لا ينفع الغير . ونتناول كلا من هاتين القاعدتين بشىء من التفصيل ، وذلك فيما يلى : —

٢٩٠ — (أ) العقد لايضر الغير :

الأصل العام هو أن العقد لا يضر الغير ، بمعنى أنه لا يستطيع بذاته وبمجرده أن يحملهم بالتزام ما . وهكذا فلو أن شخصاً باع ، مثلا ، شيئاً لا يملكه ، وإنما يملكه غيره ، فإن هذا الغير ، وهو المالك الحقيقى ، لا يتحمل بأى التزام بمقتضى هذا البيع ذاته . فالمالك الحقيقى أجنبى عن البيع ، أى أنه يعتبر من الغير بالنسبة إليه ، فلا يتأثر بما ارتضاه عاقداه . ولكن يلاحظ هنا أنه إذا جاء المالك الحقيقى وأقر البيع ، أى وافق عليه وارتضاه ، فإن البيع ينتج أثره فى مواجهته ، لأنه يصبح طرفاً فيه ، ويعتبر أنه هو الذى أبرمه إبتداء ، لأن للإقرار أثراً رجعياً يمتد إلى تاريخ إبرام العقد . وكأن المقر قد وكل الشخص الذى أبرم العقد فى إبرامه نيابة عنه . ومن هنا أتى القول بأن الإقرار اللاحق كالوكالة السابقة .

وإذا كانت القاعدة هى أن العقد لا يضر الغير ، إلا أنها ليست مطلقة ، فيرد عليها بعض الاستثناءات ، وإن كانت جد قليلة . ومن أبرز تلك الاستثناءات الصلح مع التاجر المفلس (حيث يسرى هذا الصلح على جميع الدائنين ، حتى من لم يوافق منهم عليه أو لم يشترك فى عمله) ، ونظام عقد العمل الجماعى (حيث تسرى أحكام هذا العقد على أفراد طائفة معينة من العمال ، حتى من لم يوافق عليه منهم) . ومن استثناءات قاعدة أن العقود لا تضر الغير ، فى النهاية ، الحالات التى يتأثر فيها الشخص بعقد أبرمه غيره ، إعمالا لنظرية المظهر الخادع يحمى المخدوع أو الغلط الشائع يولد الحق . ومثال ذلك الوارث الظاهر ، حيث تسرى التصرفات التى يجريها فى أموال التركة فى مواجهة الوارث الحقيقى ، طالما كان المتصرف إليه حسن النية ، بأن كان يعتقد أنه يتعامل مع الوارث الحقيقى .

٢٩١ – التعهـــد عن الغـير :

هناك نوع من التعاقد شائع إلى حد ما فى العمل ، قد يوحى مظهره بأنه يتضمن استثناء من قاعدة أن العقود لاتضر الغير ، مع أنه ، فى حقيقته ، مجرد تطبيق لها . وهذا هو نظام « التعهد عن الغير Promesse de porte-fort » . ومؤداه أن يتعهد شخص لآخر بأن يجعل شخصاً ثالثاً يتحمل بالتزام معين لصالحه . كما إذا كان ثمة أخوان يملكان فى الشيوع أرضاً أو داراً ، فجاء أحدهما وباعها كلها ، أصيلا عن نفسه بالنسبة إلى حصته ، ومتعهداً عن أخيه بأن يجعله يقبل البيع بدوره ، بالنسبة إلى حصة هذا الأخ ، إما حالا ، أو بعد فوات وقت معين ، كما لو كان هذا الأخ قاصراً ، والتزم أخوه بأن يجعله يقبل البيع ، بعد بلوغه سن الرشد . فى هذا المثال ، يعتبر من أبرم البيع بائعاً بالنسبة إلى نصيبه ، ومتعهداً عن الغير ، وهو هنا أخوه ، بالنسبة إلى نصيب هذا الأخير .

وواضح أنه ، فى نظام التعهد عن الغير ، يوجد ثلاثة أشخاص :

١ – المتعهد : وهو أحد طرفى عقد التعهد عن الغير ، وهو يتعهد ، فى مواجهة العاقد الآخر ، بأن يجعل أحداً من الغير يقبل التحمل بالتزام معين لصالحه .

٢ – المتعهد له : وهو الطرف الآخر فى عقد التعهد عن الغير ، وهو الذى يحصل التعهد لمنفعته .

٣ – المتعهد عنه : وهو ذاك الذى يلتزم المتعهد بأن يجعله يقبل التحمل بالالتزام لصالح المتعهد له . وهو ، بخلاف الأولين ، ليس طرفاً فى عقد التعهد عن الغير ، بل هو هذا الغير نفسه .

ويلاحظ أنه من أهم مايميز نظام التعهد عن الغير أن المتعهد يتعاقد باسمه هو ، لا باسم المتعهد عنه . فهو أصيل عن نفسه ، لا نائباً عن المتعهد عنه . وفى هذا يختلف نظام التعهد عن الغير اختلافاً أساسياً عن نظام النيابة ، حيث إن النائب لايتعاقد باسمه ، وإنما باسم الأصيل ولحسابه ، كما سبق لنا أن بيناه فى حينه .

٢٩٢ — أثر التعهد عن الغير :

التعهد عن الغير عقد مبرم بين المتعهد والمتعهد له . وهو ، فى ذاته ، عقد لاغبار عليه . فإن توافرت فيه مقتضيات القواعد القانونية بالنسبة إلى العقود عامة ، انعقد صحيحاً ، وتعين أن ينتج أثره .

والتعهد عن الغير ، بالنسبة إلى أثره ، عقد ملزم لجانب واحد ، هو المتعهد ، إذ هو يحمله بالتزام بعمل ، هو أن يجعل أحداً من الغير (المتعهد عنه) يقبل الأمر المتعهد به . هذا هو كل ماينتجه عقد التعهد عن الغير من أثر . ولايوجد فيه أدنى خروج عن قاعدة نسبية آثار العقد . إذ هو لايولد الالتزام إلا على أحد عاقديه ، ولمصلحة العاقد الآخر . أما الغير المتعهد عنه . فهو لايتأثر إطلاقاً بنتيجة هذا العقد . فهو لايضار به أبداً . وتبقى له الحرية كاملة فى أن يرتضى الأمر المتعهد به أو لا يرتضيه . وإن كان سلوكه هذا الاتجاه أو ذاك يؤثر بالضرورة فى مسئولية المتعهد ، حيث يعتبر أنه أدى أو لم يؤد التزامه . وذلك على النحو التالى :

٢٩٣ — الفرض الأول : المتعهد عنه يرتضى الأمر المتعهد به :

إذا ارتضى المتعهد عنه الأمر المتعهد به ، كما إذا قبل ، فى المثال الذى سبق لنا ذكره ، الأخ الذى لم يشترك فى البيع ابتداء ، أن يبيع بدوره حصته وفقاً لما تعهد به أخوه ، برئت ذمة المتعهد . لأنه يعتبر أنه قد وفى بالتزامه . فهو قد التزم بأن يحمل المتعهد عنه على قبول الأمر المتعهد به ، وها هو ذا قد فعل . وتبرأ هنا ذمة المتعهد نهائياً ، حتى إذا لم يف المتعهد عنه فيما بعد بالأمر الذى تعهد به [١] .

وإن برئت ذمة المتعهد ، نتيجة قبول الغير المتعهد عنه ارتضاء الأمر

---

(١) فبمجرد أن يرتضى المتعهد عنه الأمر المتعهد به ، تبرأ ذمة المتعهد نهائياً . فهذا الأخير لا يلتزم إلا بأن يجعل المتعهد عنه يرتضى الأمر المتعهد به . فإذا تحقق ذلك ، اعتبر المتعهد أنه وفى بما التزم به ، وبرئت ذمته بالتالى نهائياً . ولا يغير من الوضع فى شىء ، أن يتقاعس المتعهد عنه ، فيما بعد ، عن أداء ما ارتضى التحمل به . فالمتعهد ، بمجرد وصفه هذا ، ليس كفيلا ، يضمن أداء التزام المتعهد عنه ، إذا ما ارتضى التحمل به ، ما لم يظهر بوضوح أنه قصد ذلك .

المتعهد به . وجد هذا الأخير نفسه . وقد انشغلت مسئوليته هو . فهو يتحمل بالالتزام الذى ارتضاه . وهو يتحمل به من تاريخ ارتضائه إياه ، وليس من تاريخ حصول التعهد به من المتعهد . وذلك بطبيعة الحال . مالم يظهر بوضوح أنه قصد التحمل بالالتزام ابتداء من هذا التاريخ الأخير .

ويلاحظ هنا أن المتعهد عنه . إذا التزم بالأمر المتعهد به بعد قبوله إياه . فإن ذلك لايرجع أبداً إلى عقد التعهد عن الغير . فهذا العقد ، كما قلنا من قبل ، لايلزم إلا المتعهد نفسه . وإنما يرجع أساس مسئولية المتعهد عنه إلى عقد جديد يبرمه مع المتعهد له ، ويرتضى بمقتضاه أن يتحمل بالالتزام المتعهد به . علماً بأن للمتعهد عنه . كامل الحرية فى أن يرتضى التحمل بالأمر المتعهد به أو لايرتضيه . كما سبق لنا أن بينا .

٢٩٤ — الفرض الثانى : المتعهد عنه لايقبل الأمر المتعهد به :

إذا رفض المتعهد عنه أن يلتزم بالأمر المتعهد به . ماكان عليه . هو شخصياً . فى ذلك جناح . فوعد المتعهد أن يجعل المتعهد عنه يلتزم بالأمر لايلزم هذا الأخير . كما قلنا مراراً . ولكن المتعهد نفسه . فى هذه الحالة . يتحمل بالمسئولية . إذ هو يعتبر أنه قد أخل بالتزام فرضه عليه عقد التعهد عن الغير . فهو قد وعد . ثم أخل بوعده .

وتتركز مسئولية المتعهد . فى حالتنا . فى تحمله بتعويض المتعهد له عن الأضرار التى نالته . بسبب عدم تنفيذ عهده . ويجوز له : إذا كان ذلك فى مقدوره وغير ضار بالمتعهد له ، أن يدرأ عن نفسه هذا التعويض : بقيامه بنفسه بتنفيذ الأمر الذى وعد به .

٢٩٥ — وقد ركزت المادة ١٥٣ ما سبق من أحكام التعهد عن الغير . قائلة : « ١ — إذا تعهد شخص بأن يجعل الغير يلتزم بأمر : فلا يلزم الغير بتعهده . فإذا رفض الغير أن يلتزم . وجب على المتعهد بأن يعوض من تعاقد معه . ويجوز له مع ذلك أن يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ الالتزام الذى تعهد به . ٢ — أما إذا قبل الغير هذا التعهد . فإن قبوله

لاينتج أثراً إلا من وقت صدوره . مالم يتبين أنه قصد صراحة أو ضمناً بأن يستند أثر هذا القبول إلى الوقت الذى صدر فيه التعهد » .

٢٩٦ — (ب) العقد لاينفع الغير :

كما أن الأصل فى العقد أنه لايضر الغير . فالأصل فيه أيضاً أنه لاينفعهم. ومؤدى هذه القاعدة الأخيرة أن الغير : أى أولئك الذين لم يشتركوا فى العقد ، ولم يكونوا خلفاء لعاقديه فيه . لايستخلصون منه ، بطريق مباشر . أى نفع لهم .

وقد كانت هذه القاعدة مطلقة فى أول عهد القانون الرومانى . ولكن ظروف الحياة التى نعيشها الآن أدت بنا إلى أن نقبل عليها استثناءات بالغة الأهمية . ولازالت هذه الاستثناءات تتزايد على مر الأيام .

وقد أدت كثرة هذه الاستثناءات وتزايدها بالمشرع إلى أن يشير إليها . عند تقرير القاعدة العامة فى عدم سريان آثار العقد على الغير . فجاء فى المادة ١٥٢ ، يقول : « لايرتب العقد التزاماً فى ذمة الغير ، ولكن يجوز أن يكسبه حقاً » [١] .

وتتركز الاستثناءات التى ترد على قاعدة « العقد لا ينفع الغير » فى نظام الاشتراط لمصلحة الغير . ونتناول هذا النظام بالتفصيل . وذلك فيما يلى :

٢٩٧ — الاشتراط لمصلحة الغير :

الاشتراط لمصلحة الغير عقد ، بمقتضاه يشترط أحد طرفيه (ويسمى المشترط) على طرفه الآخر (ويسمى المتعهد) أن يؤدى ، إلى شخص ثالث أجنبى عن العقد (ويسمى لمنتفع أو المستفيد) ، حقاً معنياً . وهكذا يوجد . فى نظام الاشتراط لمصلحة الغير ، ثلاثة أشخاص : المشترط stipulant .

---

(١) وإيراد النص ، على هذه الصورة قد يوهم بأن مبدأ « العقود لا تنفع الغير » قد تحطم نهائياً . والحقيقة أنه لم يتحطم . كل ما هنالك أنه تصدع . وأن كان تصدعه كبيراً . فلا زال استخلاص الغير منفعة من العقد قائماً على سبيل الإستثناء . وأن كان هذا الإستثناء قد كبر وعظمت أهميته .

والمتعهد promettant . والمنتفع أو المستفيد bènéficiare .. والأولان وحدهما هما طرفا العقد . أما الثالث . فهو من الغير . وهو ، مع ذلك يستخلص من العقد وبطريق مباشر . حقاً له . استثناء من قاعدة أن العقود لاتنفع الغير .

وللاشتراط لمصلحة الغير . فى العمل . صور عديدة لاتتناهى ولاتقع تحت حصر . على أن أهم مجال لتطبيق هذا النظام هو عقد التأمين . ومثال ذلك أن يؤمن الشخص على حياته لمصلحة أولاده . ومؤدى هذا النوع من التأمين . أن تتعهد شركة التأمين . فى مقابل مبلغ معين يلتزم به الأب (على أقساط عادة) . بدفع مبلغ محدد من النقود للأولاد . عند موت أبيهم . وفى هذا المثال . نجد الأب هو « المشترط » . وشركة التأمين هى « المتعهد » والأولاد هم « المنتفع » . ومثال نظام « الاشتراط لمصلحة الغير » فى نطاق التأمين أيضاً . أن يؤمن صاحب السيارة عن الأضرار التى قد تنتج عن سيارته للغير . وأن يؤمن رب العمل . لمصلحة عماله . عما عساه أن يحدث لهم من أضرار أثناء أدائهم وظائفهم وبسببها .

وإذا كان التأمين هو المجال الحيوى الغالب لنظام الاشتراط لمصلحة الغير فهو ليس مجاله الوحيد . فلنظامنا هذا ، تطبيقات أخرى عديدة . فى نواح متفرقة وغير محدودة . ومثال ذلك أن يهب شخص ماله : مشترطاً على الموهوب له أن يدفع لشخص ثالث . مبلغاً معيناً من النقود ، أو أن يبيع شخص لآخر ماله . ويشترط عليه أن يدفع الثمن ، كله أو بعضه . لأحد دائنيه ، وفاء للدين الذى له عليه . ومثال ذلك أيضاً أن يبيع التاجر متجره ويشترط على مشتريه : لمصلحة عمال المتجر . أن يستبقيهم فى خدمته أو أن لا ينتقص من أجورهم . ومثال الاشتراط لمصلحة الغير كذلك أن تتفق وزارة السياحة مع إحدى الشركات على أن تقوم . بوساطة وكلائها فى الخارج ، بنقل أمتعة أحد موظفيها من مقر عمله إلى مصر [١] . ومثال « الاشتراط

(١) انظر : نقض ١٩/٤/١٩٧٦ طعن ٢٥٢/٤١ق مجموعة النقض س ٢٧ ص ٩٨١ رقم١٨٧ . وقد اعتبر هذا الحكم الاتفاق الذى أبرمته وزارة السياحة مع إحدى شركات القطاع =

لمصلحة الغير » ، فى النهاية ، مانراه عادة فى عقود الالتزام المتعلقة بأداء المرافق العامة ، كما إذا منحت الدولة أو المدينة امتياز تقديم المياه أو الكهرباء أو الغاز أو النقل العام لشركة من الشركات ، واشترطت عليها أموراً معينة ، رعاية لمصلحة الجماهير . كما إذا اشترطت عليها ألا تتجاوز قدراً معيناً ، فيما تأخذه مقابلا للخدمة التى تقدمها .

٢٩٨ — خصائص الاشتراط لمصلحة الغير :

لنظام الاشتراط لمصلحة الغير خصائص تميزه عن غيره . وتوافر هذه الخصائص أمر ضرورى لذات وجوده . بحيث إنه يعتبر غير قائم ، إذا تخلفت إحداها . وتتركز هذه الخصائص فيما يلى :

١ — الاشتراط لمصلحة الغير عقد قائم بين المشترط والمتعهد . فالمشترط يتعاقد باسمه الشخصى (المادة ١٥٤ / ١) ، أصيلا عن نفسه ، وليس نائباً عن المنتفع . فمن يؤمن على حياته لمصلحة أولاده ، مثلا ، يتعاقد باسمه الشخصى ، لاباعتباره نائباً عن أولاده . وهو الذى يعتبر طرفاً فى عقد التأمين مع الشركة ، دون الأولاد .

ويترتب على أن المشترط يتعاقد باسمه الشخصى أصيلا عن نفسه أنه يتحمل ، فى ذات ذمته ، بمقابل المنفعة المشترطة للمستفيد ، إن كان ثمة مقابل لها ، كما هو الغالب فى العمل [1] . فالأب ، فى مثال التأمين على الحياة لمصلحة أولاده الذى ذكرناه حالا ، هو الذى يلتزم شخصياً بدفع أقساط التأمين ، دون الأولاد .

= العام على أن تقوم ، بوساطة وكلائها فى الخارج ، بنقل أمتعة مدير مكتب السياحة بمدريد من برشلونه إلى إحدى موانينا ؛ اعتبر الحكم هذا الاتفاق اشتراطاً لمصلحة الغير (مدير المكتب) ، ورتب على ذلك مسئولية الشركة العقدية عن تأخر شحن الأمتعة .

(١) ولكن وجود مقابل للمنفعة المشترطة يتحمل به المشترط ، وإن كان أمراً غالباً فى العمل ، إلا أنه ليس ضرورياً . فلا يوجد ثمة ما يمنع من أن يصل المشترط إلى الزام المتعهد بتقديم منفعة للمستفيد ، دون مقابل يلتزم هو به . ومثال ذلك أن تلجأ الدولة أو المدينة ، بعد منحها امتيازاً لشركة معينة بتسيير مرفق عام ، إلى حمل الشركة على تقديم منافع جديدة لجمهور المستفيدين ، من غير أن تتحمل هى بعبء جديد .

ويترتب كذلك على كون المشترط يتعاقد باسمه الشخصي ، أصيلا عن نفسه ، لا نائباً عن المنتفع ، أنه يجوز له ، برغم إرادة هذا الأخير ، أن ينقض المشارطة ، أو أن يحول منفعتها إلى شخص آخر غير المستفيد الأصلي ، أو يستأثر بها لخاصة نفسه ، وإن لزم أن يفعل ذلك ، قبل أن يعلن المستفيد للمتعهد أو للمشترط رغبته فى الاستفادة من الاشتراط (المادة ١٥٥ / ١) .

٢ — المنتفع أو المستفيد ، وإن كان يتلقى من الاشتراط منفعة ، إلا أنه ليس طرفاً فى العقد ، بل هو من الغير بالنسبة إليه ، حتى بعد أن يرتضى المنفعة المشترطة لصالحه . فطرفا عقد الاشتراط لمصلحة الغير ، كما قلنا مراراً ، هما المشترط والمتعهد وحدهما ، دون غيرهما . وهكذا فرضاء المنتفع ليس ضرورياً لذات قيام الاشتراط ، وإن كان من شأن رفضه المنفعة المشترطة له أن يمنعها بالضرورة عنه ، اعتباراً بأنه لا يمكن أن يجبر شخص ، رغم أنفه ، على أخذ منفعة لا يرغب هو فيها .

ويترتب على اعتبار المنتفع من الغير ، فى عقد الاشتراط لمصلحته ، أننا لا نكون بصدد هذا النوع من التعاقد ، فى كل حالة يلزم فيها ، لسريان العقد فى حق غير من عقده ابتداء ، أن يصبح هذا الغير طرفاً فى العقد نتيجة إقراره إياه . وهكذا فبيع ملك الغير ، مثلا ، لا يعتبر اشتراطا لمصلحة المالك الحقيقى ، حيث إنه لا يسرى فى حقه إلا بإقراره إياه ، والإقرار يجعله طرفاً فيه ، مكان البائع الأصلى .

٣ — ويتميز نظام الاشتراط لمصلحة الغير ، فى النهاية ، بأن المنتفع ، برغم أنه ليس طرفاً فى العقد ، إلا أنه يستخلص منه حقاً مباشراً (المادة ٢/١٥٤) . فالمنفعة المشترطة تثبت للمنتفع مباشرة من ذات عقد الاشتراط . فهى لا تثبت ابتداء للمشترط ، ثم يتولى هذا نقلها إلى المنتفع ، ولكنها تثبت لهذا الأخير ابتداء ومباشرة من العقد . ويستطيع المنتفع ، فى سبيل حصوله على تلك المنفعة من المتعهد أن يطالبه مباشرة ، وباسمه الشخصى ، أى أن يطالبه بدعوى مباشرة . وهذه هى أهم ميزة لنظام الاشتراط لمصلحة الغير .

بل هى لب هذا النظام وجوهره ومعقل القوة فيه . وهى التى تتمثل الاستثناء الهام الخطير الذى يرد على قاعدة أن العقود لاتنفع الغير .

ويترتب على أن الاشتراط لمصلحة الغير يرتب لهذا الغير (وهو المنتفع) حقاً مباشراً أننا لانكون بصدد هذا النوع من التعاقد ، فى كل حالة يفيد منها الأجنبى عن العقد بطريق غير مباشر ، أى عن طريق ثبوت الحق لأحد العاقدين ابتداء . ومثال ذلك أن يؤمن الراهن عن حريق المنزل المرهون . فهنا يستفيد المرتهن من مبلغ التأمين ، عند استحقاقه . إذ هو يستوفى منه دينه . ولكنه لايستفيد منه بطريق مباشر ، وإنما عن طريق ثبوته ابتداء للراهن . ومثال ذلك أيضاً أن تتعاقد جمعية تعاونية إسكانية مع مقاول على أن يقوم بتشييد مجموعة من الفلل أو الشقق على قطعة أرض تملكها على أن تقوم فيما بعد بتوزيع الوحدات السكنية على أعضائها . فمثل هذا الاتفاق لايعتبر اشتراطاً لمصلحة الغير ، طالما أن الالتزامات المتولدة عنه على المقاول لم تشترط ، إن صراحة أو ضمناً ، لمصلحة الأعضاء على نحو مباشر ، وإنما اشترطت ابتداء لمصلحة الجمعية [1] .

---

(١) انظر : نقض ١٩٦٩/٤/٢٩ طعن ٣٤/٥٣٣ق مجموعة النقض س ٢٠ ص ٦٩٣ رقم ١١١ . وتتحصل وقائع الدعوى التى صدر فيها الحكم فى أن الجمعية التعاونية لبناء المساكن لرجال القضاء والنيابة تعاقدت مع مقاول على أن يشيد مجموعة من الفلل بمواصفات محددة على أرض تملكها ، وذلك لحساب نفسها ، وعلى أن تتسلم الجمعية ما يشيده المقاول طبقاً للمواصفات « فيلا بفيلا » ، وأنها صاحبة الحق فى الاعتراض على ما تلاحظه من مخالفات على المبانى ، ودون أن يتضمن العقد ما يفيد إن صراحة وان ضمناً أن الجمعية تشترط على المقاول الالتزامات لمصلحة أعضائها . رفع أحد الأعضاء على المقاول دعوى يطالبه فيها بإزالة بعض المخالفات المتعلقة بالفلا التى اختص بها ، وإعادة البناء وفقاً للمواصفات المبينة فى عقد المقاولة . دفع المقاول بعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذى صفة ، تأسيساً على انتفاء الرابطة العقدية بينه وبين المدعى . قضت محكمة الموضوع ابتدائياً واستئنافياً برفض الدفع وبقبول الدعوى وفى الموضوع بطلبات المدعى . وأسست قضاءها على أن تعاقد الجمعية مع المقاول يتمثل اشتراطاً لمصلحة الغير (أعضاء الجمعية) . ونقضت المحكمة العليا هذه القضاء ، رافضة أن ترى فى الاتفاق السابق اشتراطاً لمصلحة الغير . وأسست قضاءها على قولها إنه لا يبين من نصوص العقد ، لا صراحة ولا ضمناً ، أن جمعية المساكن اشترطت الالتزامات المبينة فيه لصالح عضوها « شخصياً أو بوصفه شخصاً مستقبلا أو مستطاعاً تعيينه وقت إنتاج العقد أثره » . ويلاحظ هنا أنه إذا تعذر ، على نحو ما ذهبت إليه محكمة =

٢٩٩ — الأمور اللازمة فى الاشتراط لمصلحة الغير :

لقيام الاشتراط لمصلحة الغير وإنتاج أثره ، لايلزم، بعد توافر الخصائص المميزة له والتى سبق لنا بيانها ، وبعد توافر ما تقضى به القواعد القانونية بشأن صحة العقود بوجه عام ، إلا شرط واحد ، يكاد تخلفه أن يكون مستبعداً فى العمل ، ونعنى به أن تكون للمشترط مصلحة فى تقديم المنفعة المشترطة للمنتفع ، وبعبارة أخرى : أن تكون للمشترط مصلحة فى تنفيذ الالتزامات التى اشترطها ، لصالح المنتفع ، على المتعهد . وسيان بعد ذلك أن تكون هذه المصلحة مادية أو أدبية (المادة ١٥٤ / ١) . ومثال المصلحة المادية للمشترط أن يؤمن صاحب السيارة عن الأضرار التى تلحق الغير من سيارته ، وأن يؤمن رب العمل ، لمصلحة عماله ، عن الأضرار التى تحدث لهم أثناء أدائهم أعمالهم . ففى هذين المثالين ، مصلحة مادية للمؤمن ، إذ أن شركة التأمين هى التى ستتولى دفع مبالغ التعويض للمضرورين ، فيرتفع عنه عبء أدائها بنفسه . ومثال المصلحة المادية للمشترط كذلك أن يبيع شخص ماله ويشترط على المشترى دفع الثمن لأحد دائنيه (دائنى البائع) ، وفاء لدَينه عليه . أما المصلحة الأدبية ، فمثالها الفذ الغالب تأمين الشخص على حياته لمصلحة أولاده .

وإذا قلنا إنه يلزم ، لصحة الاشتراط لمصلحة الغير ، أن تكون للمشترط مصلحة فى أداء المنفعة للمنتفع ، وإنه يكتفى بالمصلحة الأدبية ، فإن مؤدى ذلك أنه يستبعد ألا يتوافر هذا النوع من المصلحة ، لأنه لايتصور أن يقدم شخص على اشتراط أداء لمنفعة الغير ، مالم تكن له فى ذلك مصلحة ، ولو أدبية .

= النقض ، منح عضو الجمعية دعوى مباشرة ضد المقاول تأسيساً على الاشتراط لمصلحة الغير ، فإنه كان يمكن تأسيس قيام تلك الدعوى المباشرة على أن الجمعية ، بتخصيصها الفلا محل النزاع لعضوها ، ونقل ملكيتها بالتالى إليه ، قد نقلت إليه فى نفس الوقت حقها قبل المقاول فى إنجاز البناء وفقاً للمواصفات المحددة ، باعتباره خلفاً خاصاً لها ، يخلفها فى الفيلا وفيما يعتبر من مستلزماتها إعمالا للمادة ١٤٦ (راجع فى ذلك ما سبق نبذة ٢٨٧) . وانظر فى نفس الاتجاه : نقض ٥/٥/١٩٥٥ ، مجموعة النقض س ٦ ص ١٠٧٩ رقم ١٤٠ .

٣٠٠ – آثار الاشتراط لمصلحة الغير :

لمعرفة آثار الاشتراط لمصلحة الغير ، يلزمنا أن نحدد تلك الآثار ، في الحالات الثلاثة الآتية : (أ) في العلاقة بين المشترط والمتعهد . (ب) في العلاقة بين المشترط والمنتفع . (ج) في العلاقة بين المتعهد والمنتفع . وهذا ماسنتناوله على التوالى :

٣٠١ – (أ) آثار الاشتراط فى العلاقة بين المشترط والمتعهد :

المشترط والمتعهد ، كما قلنا مراراً ، هما طرفا عقد الاشتراط لمصلحة الغير . ولاصعوبة فى تحديد أثر هذا النظام فى العلاقة القائمة بينهما . فهما طرفا عقد الاشتراط . ويجب إعمال مايقضى به فى حقهما ، وفقاً لما جاء فيه .

ويلاحظ أن عقد الاشتراط لمصلحة الغير ، فى العلاقة بين طرفيه ، أى فى العلاقة بين المشترط والمتعهد ، قد يكون معاوضة ، وقد يكون تبرعاً . ومثال الحالة الأولى عقد التأمين على الحياة لمصلحة الغير ، كالأولاد . ومثال الحالة الثانية ، أن يهب شخص لآخر ماله ، بشرط أن يدفع لشخص ثالث راتباً مدى الحياة .

وأياً ماكانت طبيعة عقد الاشتراط لمصلحة الغير فى العلاقة بين طرفيه ، فإنه يتحتم على كل منهما أن يفى بالالتزامات التى يرتبها هذا العقد عليه . فمن يؤمن على حياته لمصلحة أولاده ، مثلا ، يلتزم بأن يؤدى أقساط التأمين فى مواعيدها . ولشركة التأمين أن تلزمه بذلك . ولكن ليس لها أن تلزم بها المنتفع (الأولاد فى مثالنا) ، وإن كان لها ، بطبيعة الحال ، أن تدفع فى مواجهة المنتفع إذا ماطالبها بأداء المنفعة المشترطة له (مبلغ التأمين فى مثالنا) ، بأنها لم تستوف أقساط التأمين ، على نحو ماسنذكره بعد قليل .

وكما أن للمتعهد أن يطالب المشترط بأداء التزاماته المتولدة من عقد الاشتراط ، فإن لهذا الأخير بدوره أن يطالب الأول بالوفاء بالتزاماته . ومن بين هذه الالتزامات أداء المنفعة المشترطة للمنتفع [1] .

---

(١) ولا يعترض على ذلك بمقولة انه ليس للمشترط مصلحة فى أن يفى المتعهد بالحق المشترط للمستفيد ، ولا دعوى بلا مصلحة . إذ للمشترط مصلحة فى ذلك ، وإلا لما عقد الاشتراط أصلا . صحيح أنه يغلب هنا أن تكون مصلحة المشترط فى أداء المنفعة للمستفيد هى مصلحة محض أدبية . ولكن هذا النوع من المصلحة يكفى هنا ، ويقنع به القانون .

وهكذا فإن كان للمستفيد أو المنتفع ، بحسب الأصل ، أن يطالب المتعهد مباشرة وباسمه الخاص بأداء المنفعة المشترطة له . كما سيجىء بعد قليل . فإن ذلك يجوز أيضاً للمشترط . وبدعوى مباشرة يرفعها باسمه هو وليس باسم المنتفع ، وذلك مالم يظهر من العقد أن حق المطالبة بأداء المنفعة المشترطة مقصور على المنتفع وحده . وفى ذلك تقضى المادة ١٥٤ / ٣ بأنه : « ٣ — ويجوز كذلك للمشترط أن يطالب بتنفيذ ما اشترط لمصلحة المنتفع ، إلا إذا تبين من العقد أن المنتفع وحده هو الذى يجوز له ذلك » .

٣٠٢ — (ب) آثار الاشتراط فى العلاقة بين المشترط والمنتفع :

عقد الاشتراط لمصلحة الغير لايجمع بين المشترط والمنتفع . فأولهما وهو المشترط ، طرف فى العقد ، دون الثانى . ولكن هناك بالضرورة رابطة ما بينهما . وهذه الرابطة هى التى جعلت المشترط يتفق مع المتعهد على أن يلتزم بأداء المنفعة للمنتفع . وقد تقوم هذه الرابطة على أساس التعاوض . بمعنى أن يستهدف المشترط من جعل المتعهد يتحمل بالالتزام لمصلحة المنتفع فائدة مادية له . ومثال ذلك أن يبيع شخص شيئاً ، ويتفق مع المشترى على أن يدفع الثمن لدائنه (دائن البائع) ، وفاء لما لهذا الأخير عليه . وقد تقوم الرابطة بين المشترط والمنتفع على رغبة الأول فى أن يسدى الجميل للثانى ، أى أن يتبرع له [1] . ومثال ذلك من يؤمن على حياته لمصلحة زوجه أو أولاده .

---

(١) وإذا قام الاشتراط لمصلحة الغير على رغبة المشترط فى إسداء الجميل للمنتفع ، أى على رغبته فى أن يتبرع له ، فقد رأى أستاذنا السنهورى على أن ذلك يعتبر هبة من المشترط للمنتفع بقيمة ما يؤديه المتعهد ، ولكن فى حدود المنفعة التى تؤدى للمنتفع ، ورتب على ذلك جواز رجوع المشترط فى الاشتراط ، حتى لو حصل إقراره من المنتفع (الصحيح إعلان المنتفع رغبته فى الاستفادة من الاشتراط) ، وذلك إذا وجد سبب من أسباب الرجوع فى الهبة . ولكن الفقيه الكبير لم يسر فى منطقه إلى نهايته ، مقرراً عدم لزوم الرسمية فى الاشتراط الذى يقوم على التبرع ، بحجة أن الهبة هنا غير مباشرة (راجع السنهورى المرجع السابق نبذة ٣٧٩) . وقد تبع الأستاذ السنهورى فقهاء كثيرون غيره (انظر : حشمت أبو ستيت ، المرجع السابق نبذة ٣٢١ — عبد المنعم الصده ، المرجع السابق نبذة ٣٥٦ — جمال الدين زكى ، المرجع السابق نبذة ١٥٣) . =

٢٩٧ – (ج) آثار الاشتراط فى العلاقة بين المتعهد والمنتفع :

المستفيد أو المنتفع يعتبر من الغير بالنسبة إلى عقد الاشتراط . فهو ليس طرفاً فيه . ويبقى كذلك حتى إذا جاء وقبل الحق المشترط . لأن قبوله هذا لايجعل منه طرفاً فى عقد الاشتراط . فهو ينصب فقط على ثبوت الحق له . إعمالا لفكرة أنه لايمكن أن نقرر حقاً لشخص برغم إرادته .

وإذا لاحظنا أن المستفيد أو المنتفع يعتبر من الغير . بالنسبة إلى عقد الاشتراط . ووقفنا عند النظرة التقليدية العتيقة للعقد . ما ساغ لنا أن نسمح له بأن يطالب . باسمه شخصياً . المتعهد . بشىء ما . لأن العقود لاتنفع ولاتضر غير العاقدين وخلفائهم . ولكن ضغط الحاجات العملية أدى بالقوانين المعاصرة . ومنها قانوننا : إلى أن تجيز للمنتفع أن يطالب . باسمه الشخصى . المتعهد بأن يفى له بالحق المشترط له . وهكذا تلقى قاعدة نسبية آثار العقد استثناءها الجوهرى الهام .

فيؤدى نظام الاشتراط لمصلحة الغير أن يثبت للمستفيد أو المنتفع .

= وهذا الرأى يبدو لنا غير سليم ، ويقوم على خلط بين الهبة وبين التصرف التبرعى بوجه عام . فإذا كانت الهبة تتمثل العقد التبرعى الفذ ، إلا أنها لا تستوعب كل أعمال التبرع . فهى ، بالنسبة إلى أعمال التبرع بعض من كل ونوع من جنس . والهبة ، كما تعرفها المادة ١/٤٨٦ ، هى عقد يتصرف بمقتضاه الواهب فى مال له ، دون عوض . وفى الاشتراط لمصلحة الغير ، لا يتصرف المشترط فى مال له للمنتفع . فكل ما يقوم به هو أنه يتعاقد مع المتعهد . ويشترط عليه أن يؤدى المنفعة للمنتفع . صحيح أنه يتحمل مقابل تلك المنفعة ، ولكن هو يتحمل بها للمتعهد وليس للمستفيد . ثم إن المنفعة التى تخلص للمنتفع تؤدى له من المتعهد وليس من المشترط . فكيف يقال بعد ذلك كله إن المشترط يهب المنفعة للمستفيد ؟ ثم إذا كان الاشتراط هنا هبة كما يقولون لتوجب أن يأتى فى الشكل الرسمى . وإلا وقع باطلا . ولا يقدح فى ذلك ما لجأ إليه الرأى المعارض من القول . فى سبيل التخلص من الرسمية ، بأن الهبة هنا غير مباشرة . فذلك لا يتمثل سبباً للفكاك من رسمية الهبة . التى يقضى القانون بلزومها ، ما لم تتم الهبة تحت ستار عقد آخر أو ترد على منقول ويتم إقباضه . والصواب هو أن الاشتراط فى حالتنا يعتبر مجرد عمل من أعمال التبرع ، ولكنه لا يعتبر هبة . ويترتب على اعتباره كذلك لزوم توافر أهلية التبرع فى المشترط . ولا تلزم الرسمية فيه . ولا يجوز إعمال أحكام الرجوع فى الهبة فى شأنه ، وإنما يجوز نقض الإشتراط وفقاً لما تقضى به المادة ١٥٥ ، ودون تفرقة فى ذلك بين الاشتراط التبرعى والإشتراط التعاوضى .

فى مواجهة المتعهد ، حق شخصى له ، خاص به . وهو يثبت له مباشرة من عقد الاشتراط [١] . وهذا ، كما سبق لنا أن قلنا ، هو لب نظام الاشتراط لمصلحة الغير وجوهره ومكمن القوة فيه . وقد حرصت المادة ١٥٤ / ٢ على أن تؤكده ، فجاءت تقول : « ويترتب على هذا الاشتراط أن يكسب الغير حقاً مباشراً قبل المتعهد بتنفيذ الاشتراط يستطيع أن يطالبه بوفائه ، مالم يتفق على خلاف ذلك ... » [٢] .

فالحق المشترط يثبت للمنتفع مباشرة . وبعبارة أخرى . هو يستخلص من عقد الاشتراط حقاً مباشراً خاصاً به . فالحق المشترط لايثبت أولا للمشترط ، ثم ينتقل منه للمنتفع . وإنما يثبت لهذا الأخير ابتداء ومباشرة . وهكذا فالمنتفع لا يعتبر خلفاً للمشترط ، وإنما هو أصيل ، بمعنى أن الحق يثبت له شخصياً ومباشرة من عقد الاشتراط ، دون أن يكون قد مر من قبل بذمة أحد قبله ، وذلك برغم أنه لايعتبر طرفاً فى عقد الاشتراط ، كما قلنا مراراً .

ويترتب على أن الحق المشترط يثبت للمنتفع شخصياً وبطريقة مباشرة نتيجة أساسية بالغة الأهمية ، وهى أنه يجوز له ، كأصل عام ، أن يطالب المتعهد بحقه هذا ، باسمه الشخصى . أى أنه يجوز له أن يطالبه به بدعوى مباشرة .

خلاصة ماسبق أنه يثبت للمنتفع ، فى مواجهة المتعهد ، حق شخصى ومباشر ، تحميه دعوى مباشرة ، يرفعها باسمه الشخصى ، وليس باسم

---

(١) انظر : نقض ١٩/٤/١٩٧٦ مجموعة النقض س ٢٧ ص ٩٨١ رقم ١٨٧ — نقض ٢٩-٤-١٩٦٩ ، مجموعة النقض س ٢٠ ص ٦٩٣ رقم ١١١ . وقد سبقت الإشارة لهذين الحكيه .

(٢) راجع المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى فى تعليقها على النصوص الخاصة بالاشتراط لمصلحة الغير (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٣١٦) . وقد جاء فيها : « ينطوى الاشتراط لمصلحة الغير على خروج حقيق على قاعدة اقتصار منافع العقود على المتعاقدين دون غيرهم . فالمتعهد يلتزم قبل المشترط لمصلحة المنتفع ، فيكسب الأخير بذلك حقاً مباشراً ، ولو أنه ليس طرفاً فى التعاقد . وبهذه المثابة يكون التعاقد بذاته مصدراً لهذا الحق . . . » .

المشترط . فلو أن الأب ، مثلا اشترط على شركة التأمين أن تدفع ، عند موته ، لابنه مبلغاً من النقود (وهذا هو مؤدى نظام التأمين على الحياة) ، ثم مات ، فإنه يثبت للابن (المنتفع) ، فى مواجهة شركة التأمين (المتعهد) ، حق شخصى ومباشر بمبلغ التأمين المتفق عليه . فلا يعتبر هذا المبلغ أنه قد ثبت أولا للأب (المشترط) ، ثم انتقل من بعده إلى الابن . ولكنه يعتبر أنه نشأ ، منذ الأصل ، لصالح هذا الابن ، وفى مواجهة شركة التأمين .

وينتج عن الفكرة الأساسية التى تقضى بأن المنتفع يتلقى ، من عقد الاشتراط ، حقاً شخصياً ومباشراً ، آثار هامة ، يمكن لنا ردها إلى ما يلى :

١ — لا يخضع المنتفع ، بالنسبة إلى الحق الذى يتلقاه من عقد الاشتراط ، لمزاحمة دائنى المشترط ، بل لمواجهة دائنى المتعهد . فهو ليس دائناً للمشترط حتى يتزاحم ، فى استيفائه حقه ، مع دائنيه ، وإنما هو دائن مباشر للمتعهد . إذ أن عقد الاشتراط ولد له مباشرة حقه قبل المتعهد ، ولم يولد له حقه فى مواجهة المشترط . فالابن ، فى مثال التأمين على الحياة الذى سبق لنا سرده ، لا يخضع ، فى استيفائه مبلغ التأمين الذى اشترطه له أبوه ، لمزاحمة دائنى الأب ، ولكنه يخضع لمزاحمة دائنى شركة التأمين . وهذه مزية كبرى يقدمها نظام التأمين . إذ أن شركات التأمين ، فى الغالب الساحق ، أكثر ملاءة واقتداراً من المؤمنين .

٢ — إذا كان من شأن الحق المشترط أن يثبت للمنتفع عند وفاة المشترط ، كما هى الحال فى نظام التأمين على الحياة لمصلحة الغير ، فلا يعتبر أنه قد ثبت له عن طريق الإرث عن المشترط ، ولا الوصية منه . فهو لا يتلقاه من تركة المشترط ، وإنما يتلقاه مباشرة من عقد الاشتراط . ويترتب على ذلك أنه لا يخضع لضريبة التركات . كما أنه لا تراعى ، فى ثبوته للمنتفعين ، عند تعددهم ، أحكام الميراث بالنسبة إلى تحديد أنصبائهم فيه ، وإنما لأحكام العقد نفسه . فلو أن الأب ، مثلا ، أمن على حياته لمصلحة أولاده ، البنين منهم والبنات ، ولم يحدد نصيب كل منهم فى مبلغ التأمين ، قسم هذا المبلغ ، على أساس الرءوس ، فيكون للذكر مثل حظ الأنثى ، وليس مثل

حظ الأنثيين . كما تقضى بذلك قواعـــد الميراث . ثم أن الحق المشترط لا يخضع لقيود الوصية التى تقضى بأن الوصية لاتجوز إلا فى حدود الثلث .

٣٠٤ — حق المنتفع ينبع من عقـــد الاشتراط : رأينا أن مؤدى نظام الاشتراط لمصلحة الغير أن يثبت للمنتفع ، قبل المتعهد ، حق شخصى ومباشر ، يستطيع أن يطالبه به . بدعوى مباشرة . ولا يتسع هنا المقام لعرض الآراء والنظريات العديدة التى قيل بها لتأصيل هذه النتيجة الفذة . والتى تتضمن تصدعاً كبيراً للقاعدة التقليدية العتيقة . التى تقضى بأن العقود لاتنفع الغير . ونجتزىء هنا بالرأى الذى نراه صائباً . والذى يتمشى مع أحكام القانون ومذكرته الإيضاحية [1] ، ومؤداه أن المستفيد يتلقى حقه من ذات عقد الاشتراط . برغم أنه ليس طرفاً فيه [2] .

ويترتب . على كون المنتفع أو المستفيد يتلقى حقه الذى اشترط له من ذات عقد الاشتراط . نتيجتان هامتان ، هما الآتيتان :

١ — يسوغ للمتعهد . عندما يطالبه المستفيد بحقه المشترط له ضده ، أن يتمسك . فى مواجهته . بكل الدفوع الناتجة له من عقد الاشتراط . فيجوز له . مثلا . أن يتمسك ببطلان هذا العقد أو إبطاله . كما يجوز له أن

---

(١) جاء فى المذكرة الإيضاحية القانون المدنى ، ما يدعم الرأى الذى تخيرناه ، والذى يبشر بأن المستفيد ، أو المنتفع ، يستمد الحق المشترط لصالحه مباشرة من عقد الاشتراط ، خلافا للقاعدة العتيقة . وهى أن العقود لا تنفع الغير . فهى ، فى هذا الصدد ، تقول : « ينطوى الاشتراط لمصلحة الغير على خروج حقيقى على قاعدة اقتصار منافع العقود على المتعاقدين دون غيرهم . فالمتعهد يلتزم ، قبل المشترط ، لمصلحة المنتفع . فيكسب الأخير بذلك حقاً مباشراً ، ولو أنه ليس طرفاً فى التعاقد . وبهذه المثابة يكون التعاقد ذاته مصدراً لهذا الحق . ولهذا التصوير ، وعلى بساطته ووضوحه . فضل الكشف عن وجه هذا النظام وإبراز مشخصاته ، من حيث شذوذه عن حكم القواعد العامة . وهو ، فضلا عن ذلك . يقيل من عناء استظهار سائر وجوه التفسير التى جهد الفقه التقليدى فى التماسها وتفصيل جزيئاتها (مجموعة الأعمال التحضيرية للقانون المدنى ج ٢ ص ٣١٦) .

(٢) ويأخذ بهذا الرأى من فقهائنا المصريين : السنهورى ، المرجع السابق نبذة ٣٨٠ — حشمت أبو ستيت ، المرجع السابق نبذة ٣٢٣ — جمال الدين زكى ، المرجع السابق نبذة ١٥٤ — نبذة ١٥٤ — عبد المنعم الصدة ، المرجع السابق نبذة ٣٥٨ .

يطلب فسخه ، إذا ماقام سببه . كما إذا كان المشترط مؤمناً على حياته لمصلحة أولاده ، ثم تقاعس عن أداء أقساط التأمين . ويجوز كذلك للمتعهد أن يتمسك ، فى مواجهة المستفيد ، بالدفع بعدم تنفيذ التزامه حتى تؤدى الالتزامات التى يفرضها عقد الاشتراط على المشترط . وعلى العموم ، لا يضار المتعهد من كون الحق الناشىء فى ذمته ثابتاً للمنتفع . فيجوز له ، فى مواجهة هذا الأخير ، أن يتمسك بكل الدفوع التى تنتج له من عقد الاشتراط ، والتى كان يسوغ له أن يتمسك بها ، فى مواجهة المشترط ، لو أنه اشترط الحق لنفسه . وفى ذلك تقضى المادة ١٥٤ / ٢ ، فى آخرها ، بأنه : « ويكون لهذا المتعهد أن يتمسك قبل المنتفع بالدفوع التى تنشأ عن العقد » .

٢ — مادام حق المستفيد ، أو المنتفع ، يتولد له من ذات عقد الاشتراط ، فإنه يتحدد ويتقيد بما يجىء فيه . وقد ذكر المشرع نفسه ، فى المادة ١٥٤ / ٢ ، تطبيقاً لهذه الفكرة . فبعد أن قرر المبدأ الأساسى العام ، ومؤداه أنه يجوز للمستفيد أن يطالب المتعهد مباشرة بالوفاء له بالحق المشترط له ، أردف يقول : « ... مالم يتفق على خلاف ذلك » . وهكذا فلو أن عقد الاشتراط تضمن ما يمنع المستفيد من مطالبة المتعهد بحقه ، لوجب إعمال هذا الحكم ، وهنا تبقى المطالبة مقصورة على المشترط ، حيث يسوغ له وحده أن يلزم المتعهد بأن يؤدى للمستفيد الحق المشترط لصالحه .

٣٠٥ — الاشتراط لمصلحة شخص مستقبل أو غير محدد :

الاشتراط لمصلحة الغير نظام يستهدف ، كما بينا ، تحقيق منفعة لشخص أجنبى عن العقد ، ليس طرفاً فيه ، استثناء من الأصل التقليدى العتيق ، وهو أن العقود لاتنفع الغير . وهو يتضمن مخالفة أخرى لقاعدة ثابتة تقليدية وعتيقة ، وهى قاعدة أن يكون الدائن موجوداً ومعيناً عند نشوء حقه .

فلا يلزم ، فى نظام الاشتراط لمصلحة الغير ، أن يكون الشخص الذى يشترط لصالحه الحق ، وهو المستفيد أو المنتفع ، محدداً ومعيناً بالذات عند

انعقاد الاشتراط ، طالما أنه من المستطاع تحديده فيما بعد ، وقت أداء الحق المشترط . بل إنه لايلزم ، حتى أن يكون المنتفع أو المستفيد موجوداً عند انعقاد الاشتراط ، طالما أنه سيوجد عند تنفيذه . وهكذا يسوغ الاشتراط لمصلحة شخص مستقبل ، كما إذا أمن رجل على حياته ، لمصلحة من عساه أن ينجبهم ، فيما بعد ، من أولاد ، أو لمصلحة شخص غير معين بالذات ، كما إذا أمن رب العمل لمصلحة عماله ، دون تحديد لذواتهم بشرط أن يوجد المشترط لصالحه ، أو أن يتحدد ، وقت أداء المنفعة المشترطة . وفى ذلك تقضى المادة ١٥٦ بأنه : « يجوز فى الاشتراط لمصلحة الغير أن يكون المنتفع شخصاً مستقبلا أو جهة مستقبلة ، كما يجوز أن يكون شخصاً أو جهة لم يعينا بالذات وقت العقد ، مادام تعيينهما مستطاعاً وقت أن ينتج العقد أثره طبقاً للمشارطة » .

٣٠٦ — قبول المستفيد الحق المشترط لصالحه :

رأينا ، فيما سبق أن المستفيد يتلقى ، من ذات عقد الاشتراط ، وابتداء من تاريخ إبرامه ، حقاً شخصياً ومباشراً . ولكن هذا الحق لايثبت له ، بطبيعة الحال ، برغم أنفه ، فيجوز له أن يرفضه ، فإن فعل ، اعتبر الحق المشترط أنه لم يثبت له . وهنا يسوغ للمشترط ، ولورثته من بعده ، أن يوجهوا الحق المشترط وجهة أخرى ، أو أن يستأثروا به لخاصة أنفسهم .

وقبول المستفيد ، أو المنتفع ، الحق المشترط له ، ليس شرطاً ضرورياً لذات ثبوت هذا الحق له . فهذا الحق ثابت له قبل أن يصدر منه قبوله ، وفور انعقاد الاشتراط . ولكن قبول المستفيد للحق المشترط له يؤكده ، من ناحية ، ويدعمه ، من ناحية أخرى ، حيث يقيه من خطر استعمال المشترط الرخصة المخولة له فى نقض المشارطة ، والتى سنتناولها حالا .

٣٠٧ — نقض الاشتراط لمصلحة الغير :

الاشتراط لمصلحة الغير يتضمن تقديم منفعة للمستفيد أو المنتفع . وإذا كان المتعهد هو الذى يقدمها له ، نتيجة أدائه الالتزام الذى رتبه العقد عليه ،

إلا أن المشترط هو الذى يشترطها عليه ، وهو الذى يتحمل مقابلها . إن كان لها مقابل . ومن ثم يخول القانون للمشترط : بعد أن ينعقد الاشتراط ، أن ينقضه . بمعنى أن يحرم المستفيد من الفائدة التى من شأنه أن يرتبها له .

وهذه الرخصة تثبت للمشترط شخصياً . فهى لاتنتقل من بعده إلى ورثته . ولايجوز لدائنيه أن يباشروها عنه . باسمه ولحسابه . عن طريق الدعوى غير المباشرة . حتى لو كان معسراً . فالأمر متروك لمحض تقديره هو ، وفقاً لما يراه .

ونقض الاشتراط . فى الحدود التى بيناها ، يتقيد بإعلان المستفيد رغبته فى الإفادة من الاشتراط . إما للمشترط أو للمتعهد . فبمجرد أن يعلن المستفيد . صراحة أو ضمناً . رغبته فى الإفادة من الاشتراط . للمشترط أو للمتعهد . يثبت له الحق المتولد عنه نهائياً . ويستحيل بعد ذلك على المشترط أن يحرمه منه بنقض المشارطة . ولا يكفى هنا . لسقوط حق المشترط فى نقض الاشتراط . أن يثبت أن المستفيد قد قبل المنفعة . وإنما يلزم إعلان قبوله هذا . إما للمشترط أو للمتعهد . وإن كان القانون لم يستلزم شكلا خاصاً لهذا الإعلان . ولذلك يكفى أن يثبت حصوله بأى طريق . بل يكفى أن يعلن المنتفع قبوله الحق المشترط دلالة . وهكذا فقيام المنتفع برفع دعوى على المتعهد يطالبه فيها بالحق المشترط له . يعتبر إعلاناً منه له بقبوله هذا الحق . من شأنه أن يسقط رخصة المشترط فى النقض .

وإذا كان للمشترط أن ينقض المشارطة . قبل أن يعلن المنتفع رغبته فى الإفادة منها على النحو الذى حددناه . فإن هذه الرخصة تمتنع عليه . إذا قضى العقد بذلك . صراحة أو دلالة . ومثال هذه الحالة . أن يبيع الراهن العقار المرهون . ويشترط على المشترى أن يدفع الثمن . كله أو بعضه . للدائن المرتهن . وفاء بالدين المضمون بالرهن ؛ فى مثل هذه الحالة . يكون للمتعهد مصلحة ظاهرة فى أن يدفع الثمن للمرتهن . فيستفاد دلالة أنه اتفق مع البائع على أن يتنزل هذا الأخير عن حقه فى نقض المشارطة . مالم يظهر من العقد مايخالف ذلك .

من كل ماسبق نخلص . كما تقول المـــادة ١٥٥ / ١ . أنه « يجوز للمشترط دون دائنيه أو ورثته ، أن ينقض المشارطة . قبل أن يعلن المنتفع إلى المتعهد أو إلى المشترط رغبته فى الاستفادة منها . مالم يكن ذلك مخالفاً لما يقتضيه العقد » .

وكما تقول الفقرة الثانية من المـــادة ١٥٥ / ١ : « ولايترتب على نقض المشارطة أن تبرأ ذمة المتعهد نحو المشترط ، إلا إذا اتفق صراحة أو ضمناً على خلاف ذلك . وللمشترط إحلال منتفع محل المنتفع الأول . كما له أن يستأثر لنفسه بالانتفاع من المشارطة » .

الفصل الرابع

تنفيذ العقد

٣٠٨ – تناولنا ، فى الفصل الأول ، مضمون العقد . فتحددت لدينا الأحكام التى يشتمل عليها . وفى الفصل الثانى ، تكلمنا فى القوة الملزمة للعقد . فعرفنا أنه يلزم بكل مايتضمنه من أحكام . وفى الفصل الثالث . عرضنا نسبية آثار العقد . فتبينا أنه . وإن كان يتمثل قوة ملزمة . إلا أنه لايلزم كل الناس . ولاتنصرف آثاره إلى الكافة . وإنما يقف فى هذا الخصوص عند عاقديه وخلفائهما ودائنيهما فى حدود معينة بيناها . ويبقى لنا من الباب الذى خصصناه لآثار العقد أن نتناول ما جرت العادة على أن يطلق عليه « تنفيذ العقد » .

وإذا أردنا الدقة فى تحديد معنى عبارة « تنفيذ العقد » لاستبان لنا أنها تفيد مجرد تحديد الالتزامات التى ينشئها . فالعقد ينشأ ليولد الالتزامات التى من شأنه أن يرتبها . ومن هنا كان القول بأن العقد مصدر للالتزام . وإذا أنشأ العقد الالتزام . فإنه يجىء دور هذا الأخير فى أن يتنفذ بدوره . بأن يؤديه المدين . أى يفى به . ولكن اصطلاح « تنفيذ العقد » يفيد فى الفكر القانونى تشريعاً وفقهاً وقضاء . معنى آخر مختلفاً . فيقصد به أداء الالتزامات التى يولدها . وهو بهذه المثابة يختلط مع اصطلاح « تنفيذ الالتزام » . فالذى يتنفذ فى الحقيقة – بمعنى الأداء – هو الالتزام وليس العقد . ولكن طالما أن العقد ينشىء الالتزام ليتنفذ . ففى تنفيذ الالتزام تنفيذ للعقد بدوره . وإن كان بطريق غير مباشر .

وسواء أقصد بتنفيذ العقد تحديد الالتزامات التى ينشئها ، أم قصد به أداء الالتزامات التى يرتبها ، أى سواء قصد به التنفيذ المباشر أو غير المباشر . فإنه يلزم أن يتم بطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية وشرف التعامل ونزاهة القصد . وفى ذلك تقضى المادة ١٤٨ / ١ بأنه : « ١ – يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع مايوجبه حسن النية » . فحسن النية

وشرف التعامل يظلان العقد فى استخلاص مضمونه ، أى فى تحديد الالتزامات التى يولدها فى وجودها ومداها ؛ كما يظلانه أيضاً فى أداء الالتزامات الناشئة عنه .

ومايوجبه حسن النية وشرف التعامل فى خصوص عقد بعينه هو من مسائل الواقع ، التى يترخص فيها قاضى الموضوع بسلطته التقديرية ، دون أن يخضع لرقابة محكمة النقض ، طالما جاء تقديره سائغاً [1] .

٣٠٩ — وإذا قام العقد وأنشأ التزاماً أو أكثر ، على أحد طرفيه أو على كليهما ، توجب تنفيذ كل التزام ينشئه . وتنفيذ الالتزام يتم بأداء محله بذات نفسه وبعينه ، أى أن المدين يؤدى نفس أو عين الأمر الذى يقوم عليه التزامه . من أجل ذلك يطلق على أداء الالتزام على هذه الصورة « التنفيذ العينى » للالتزام . فالالتزام بدفع مبلغ من النقود يتنفذ بقيام المدين بدفع هذا المبلغ . والالتزام بتشييد دار ، يتنفذ بإقامة تلك الدار بمواصفاتها . والالتزام بتسليم شىء يتنفذ بوضع هذا الشىء تحت تصرف الدائن بحيث يستطيع أن يضع يده عليه بغير عائق ، والالتزام بعلاج مريض يتنفذ بأداء الرعاية الطبية التى تتطلبها ظروف الحال .

والالتزامات ، من حيث كيفية تنفيذها ، تختلف بالضرورة باختلاف موضوعها . ومع ذلك يمكن ردها ، فى هذا الخصوص ، إلى نوعين أساسيين :

(الأول) التزام يكون موضوعه هو الوصول بالدائن إلى غاية أو نتيجة معينة يؤديها له المدين . وهذا هو الالتزام بنتيجة أو بتحقيق غاية obligation de resultat . ومثال هذا النوع الالتزام بتسليم شىء ، والالتزام بتشييد دار بمواصفات معينة ، والالتزام بدفع مبلغ من النقود . وفى مثل هذا النوع ، لايعتبر الالتزام أنه قد تنفذ إلا إذا وصل المدين بالدائن بالفعل إلى

(١) راجع : نقض ١٦/٥/١٩٧٧ طعن ٨١١/٤٣ ق مجموعة النقض س ٢٨ ص ١٢١٤ رقم ٢٠٩ .

الغاية أو النتيجة المتطلبة . كأن سلم له الشيء أو شيد له الدار بمواصفاتها أو دفع له مبلغ النقود .

(الثانى) التزام لايتطلب من المدين أكثر من أن يبذل لمصلحة الدائن قدراً معيناً من الحرص أو العناية أو الرعاية فى سبيل وصول هذا الأخير إلى هدف يرتجيه، دون أن يلتزم بأن يحقق له هذا الهدف ذاته، وهذا هو الالتزام بوسيلة obligation de moyen أو ببذل عناية . ومثال ذلك التزام الطبيب بعلاج المريض . والتزام المحامى بالدفاع عن موكله . فالطبيب أو المحامى لايلتزم هنا بشفاء المريض أو بكسب القضية . وإنما يلتزم فقط ببذل العناية أو الرعاية المتطلبة منه قانوناً . فى سبيل الوصول إلى هذا الغرض أو ذاك . فإن فعل اعتبر أنه قد نفذ التزامه . بغض النظر عن تحقق الهدف المقصود أو تخلفه . والقدر المتطلب من الرعاية هنا يتحدد . بحسب الأصل . بما يبذله الرجل المعتاد فى مثل ظروف المدين . على أن هذا القدر قد يرتفع . أو ينخفض إذا قضى بذلك نص خاص فى القانون أو شرط فى العقد .

٣٠٠ — وإذا لم يؤد المدين عين ماالتزم به . وبعبارة أخرى . إذا لم ينفذ التزامه عيناً تنفيذاً كاملا من حيث الكيف والكم والزمن . وبرغم إعذار الدائن إياه بوجوب ذلك (المادة ٢١٨) . تحمل بالمسئولية على نحو مايقضى به القانون . ومن هنا ساد القول بأن الالتزام يتضمن عنصرين : عنصر الوجوب أو المديونية schuld وعنصر المسئولية haftung .

وقد جرت العادة من قديم فى فرنسا وفى مصر وفى غيرهما من البلاد الأخرى على أن يطلق على المسئولية التى يتحمل بها المدين . عند إخلاله بالالتزام الذى يولده العقد فى ذمته . باصطلاح « المسئولية العقدية responsabilité contractuele » . وقد شاع هذا الاصطلاح وساد . حتى بات يظهر كما لو كان من الحقائق الثابتة الراسخة فى دنيا القانون . وقد ساعد على ذلك أنه تولد فى أذهان رجال القانون الاعتقاد بأن الاصطلاح السابق يقابل اصطلاح « المسئولية التقصيرية » .

والحقيقة أن اصطلاح « المسئولية العقدية » . برغم ثبوته ورسوخه .

لم يأت موفقاً . فالمسئولية لاتكون عن العقد ؛ وإنما تكون عن الإخلال بالالتزام الذى ينشئه العقد . وبعبارة أخرى عن الإخلال بالالتزام التعاقدى . ثم إن المسئولية العقدية لا تقابل ذات المسئولية التقصيرية أو المسئولية عن العمل غير المشروع . فهذه المسئولية الأخيرة لا تعدو أن تكون الينبوع الذى يولد الالتزام على صاحب الفعل الضار بتعويض الضرر الذى ألحقه بضحيته . وبعبارة أخرى هى لاتعدو أن تكون المصدر لهذا الالتزام . وهى بهذه المثابة تقابل العقد ذاته ولاتقابل المسئولية عن الالتزام الناشىء من العقد. أو المسئولية العقدية . فإذا نشأ الالتزام عن المسئولية التقصيرية ثبت له كيانه الذاتى وتحمل المدين به . وانشغلت مسئوليته عنه إذا تقاعس عن تنفيذه . شأنه فى ذلك شأن الالتزام الناشىء من العقد . فكأننا لو أردنا أن نتمشى مع المقصود من اصطلاح « المسئولية العقدية » فى مجال العمل غير المشروع . لتوجب أن نقول المسئولية عن المسئولية التقصيرية . وإذا أردنا أن نساير المنطق القانونى إلى نهايته بالنسبة إلى مصادر الالتزام الأخرى . لتوجب أن نقول : « المسئولية الإثرائية (المسئولية عن الالتزام الناجم عن الفعل النافع) » والمسئولية عن الإرادة المنفردة وهكذا .

والحقيقة أنه لاتوجد فى مجال القانون المدنى إلا مسئولية واحدة . يمكننا أن نطلق عليها « المسئولية المدنية » . تمييزاً لها عن المسئولية الجنائية أو الإدارية أو الدستورية أو غيرها . وقوام هذه المسئولية فى الأساس واحد وهو الإخلال بالالتزام . أياً ماكان مصدره . أى سواء أكان مصدره العقد أم الفعل الضار أم الإثراء بدون سبب على حساب الغير أم الإرادة المنفردة ؛ أم غير ذلك كله من الوقائع التى يمنحها القانون قوة إنشاء الالتزام . وليس يوجد ثمة ما يمنع بعد ذلك أن تختلف هذه المسئولية على نحو أو على آخر باختلاف مصدر الالتزام . كما أنها قد تختلف باختلاف موضوع الالتزام ذاته.. حتى لو اتحد مصدره .

ونحن . بما أوردناه فيما سبق . لانستهدف نبذ اصطلاح « المسئولية العقدية » . بعد أن ثبت وترسخت أقدامه عبر العصور . فنحن دوماً من أنصار

المذهب القائل بأن الخطأ الشائع خير من الصواب المهجور . وإنما أردنا فقط أن نبرز حقيقة التقابل بين الاصطلاح السابق وبين اصطلاح « المسئولية التقصيرية » أو « المسئولية عن العمل غير المشروع » . وأن المسئولية المدنية أوسع نطاقاً من هاتين المسئوليتين . ثم إننا ابتغينا أيضاً أن نبرز أن نظرية العقد — التي هي موضوع هذا المؤلف — تقف عند العقد ذاته . فلا تتجاوزه إلى التطرق إلى الالتزامات التي يولدها من حيث تنفيذها أو المسئولية عنها ، شأن نظرية العقد في ذلك شأن نظرية العمل غير المشروع أو المسئولية التقصيرية . وشأن نظرية الإثراء بدون سبب أو نظرية الإرادة المنفردة . أما تنفيذ الالتزام والمسئولية عنه . فمحل دراسته — أياً ما كان مصدره — في أحكام الالتزام . وهذا هو بالفعل النهج الذي يسير عليه قانوننا المدني .

الباب الثالث

انحلال العقد

٣١١ – يقصد بانحلال العقد إزالة الرابطة العقدية التي تجمع بين طرفيه ، بعد قيامها . والأصل أن العقد لاينحل . بل هو لاينقضي . فمن شأنه أن يولد الالتزامات . والالتزامات هي التي تنقضي ، إما بالوفاء ، كما هو الأمر العادي المألوف . وإما بغير الوفاء من أسباب الانقضاء الأخرى . وإذا انقضت الالتزامات المتولدة عن العقد ، فإن العقد نفسه لاينقضي . حتى في هذه الحالة . وإنما هو يبقى هنا قائماً ، لينهض دعامة وسنداً للحقوق التي نشأت . نتيجة تنفيذ الالتزامات المتولدة عنه . فإذا باع شخص . مثلا . لآخر ماله . وتنفذت الالتزامات التي يولدها البيع . فسلم البائع المبيع للمشتري الذي انتقلت إليه ملكيته . ودفع المشتري الثمن : في مثل هذه الحالة . برغم أن الالتزامات الناشئة عن البيع قد انقضت بالوفاء . إلا أن البيع نفسه لاينقضي ولايزول . بل يستمر قائماً ، ليؤدي دوره الأخير . كدعامة وسند لحق البائع في ملكية المبيع . ولحق المشتري في استيفائه الثمن .

وإذا كانت القاعدة أن العقد لاينحل . فهذه القاعدة ليست مطلقة . إذ أنه يرد عليها بعض الاستثناءات . ومن هذه الاستثناءات ما هو خاص بعقود بعينها : كالرجوع في الهبة ، وكالإنهاء في الوكالة . وكحل الشركة . ولن نتناول هنا ، ونحن في مجال دراسة نظرية العقد . أي دراسة أحكام العقد بوجه عام . تلك الاستثناءات الخاصة . حيث إنها تجد مكانها عند دراسة العقد الذي تخصه . وهكذا يبقى لنا النوع الثاني من الاستثناءات التي ترد على قاعدة أن العقود لا تنحل . وهي أسباب الانحلال العامة . وتتركز هذه الأسباب في ثلاثة أساسية . هي الفسخ . والانفساخ ، والتفاسخ أو التقايل أو الإقالة . ونتناول كلا من هذه الأسباب . في فصل مستقل . ثم نعقب في فصل أخير ، بدراسة حالة . يتوقف فيها تنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد مؤقتاً ، وهي حالة الدفع بعدم التنفيذ .

الفصل الأول

فسخ العقد

٣١٢ — الفسخ résolution هو حل الرابطة العقدية ، بناء على طلب أحد طرفى العقد ، إذا أخل الطرف الآخر بالتزاماته . وهكذا فالفسخ يتمثل جزاء عن إخلال أحد العاقدين بالتزاماته . وبمقتضاه ، يستطيع العاقد الآخر حل الرابطة العقدية ، حتى يتحرر نهائياً من الالتزامات التى يفرضها العقد عليه ، وذلك دون حرمانه من حقه الأصيل فى التمسك بالعقد والإصرار على إعماله ، والمطالبة بالتالى بالتنفيذ العينى للحقوق الناجمة له منه ، إذا رآه له أفضل . وفى ذلك تقضى المادة ١٥٧ بأنه : « ١ — فى العقود الملزمة للجانبين . إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر ، بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه ، مع التعويض فى الحالتين إن كان له مقتض . ٢ — ويجوز للقاضى أن يمنح المدين أجلا إذا اقتضت الظروف ذلك ، كما يجوز له أن يرفض الفسخ ، إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام فى جملته » .

٣٠٣ — نشأة الفسخ وتأصيله :

عرفنا أن الفسخ يتمثل جزاء يتقرر لكل من العاقدين ، إذا أخل العاقد الآخر بالالتزامات التى يفرضها العقد عليه .

ولم يكن الفسخ ، كجزاء عن الإخلال بالالتزام ، معروفاً فى أول عهد القانون الرومانى [1] . ولتفادى الضرر الناجم عن ذلك ، جرى العمل على

---

(١) والفقه الإسلامى بدوره لم يعرف نظام الفسخ كجزاء على إخلال أحد العاقدين بالتزاماته . وإذا كان إصطلاح « الفسخ » معروفاً فى لغة فقهاء المسلمين ، بل وكثير الشيوع على ألسنتهم ، فهو يعنى عندهم مدلولا مختلفاً . فقد استعملوه فى معنيين : فى معنى بطلان العقد أو إبطاله ، وللدلالة على انحلال العقد نتيجة إعمال شرط اتفق عليه طرفاه . وسوف نعود إلى ذلك فيما بعد . راجع ما سيجىء ، نبذة ٣٢٩ .

أن يتضمن العقد شرطاً . بمقتضاه يتفق طرفاه على انفساخه . إذا أخل أحدهما بما يفرضه عليه من التزامات . أى جرى العمل على أن يتفق العاقدان على جعل العقد معلقاً على شرط فاسخ . هو إخلال أى منهما بالتزاماته . وهكذا شق نظام الفسخ طريقه إلى الوجود . فى القانون الرومانى . مؤسساً على الشرط الفاسخ الصريح .

وانتقل نظام الشرط الفاسخ الصريح من القانون الرومانى إلى القانون الفرنسى القديم . حيث عم وشاع النص عليه فى العقود . إلى حد أن أصبح وجوده فيها مفترضاً . حتى عند عدم التصريح به . تأسيساً على أن العاقدين ، وإن لم يصرحا به . إلا أنهما مع ذلك يرتضيانه ضمناً . وهنا أصبح الفسخ نظاماً منطلقاً يسرى على العقود كلها . ومؤسساً على شرط يفترض وجوده فى العقد . على اعتبار أن المتعاقدين ارتضياه ضمناً . أى على الشرط الفاسخ الضمنى .

ولكن الفرنسيين القدماء . إذا كانوا قد وصلوا إلى تعميم نظام الفسخ على العقود كلها . دون حاجة إلى اشتراطه صراحة فى العقد . فهم . من ناحية أخرى . قد قيدوه عما كان عليه الحال من قبل . إذ هم لم يتركوه يتقرر بقوة القانون بمجرد وقوع الإخلال بالالتزام ، الأمر الذى كان يقول به الرومان . ولكنهم اشترطوا . لحصوله . أن يقضى به القاضى . وهكذا ولد نظام الفسخ على النحو الذى يقول به القانون المعاصر .

وجاءت مدونة نابليون ، وأخذت بنظام الفسخ على نحو ما كان يقول به الفرنسيون القدماء . مؤسسة إياه بدورها على الشرط الفاسخ الضمنى ، الذى افترضت وجوده دائماً فى العقود الملزمة للجانبين (المادة ١١٨٤ مدنى فرنسى) . ومن مدونة نابليون . انتقل نظام الفسخ . بطريق مباشر أو غير مباشر . إلى كثرة من قوانين الدنيا . ومنها قانوننا المصرى .

بيد أن تأسيس الفسخ على الشرط الفاسخ الضمنى . أصبح اليوم منتقداً ، بل مهجوراً أو يكاد ، حتى فى فرنسا نفسها ، وذلك على الأقل وفقاً للمفهوم الأصيل لهذا الشرط الفاسخ . فمؤدى هذا الشرط . إذا أخذناه بمفهومه

الأصيل الذى اصطحبه عند نشأته [١] ، أن ينفسخ العقد بقوة القانون ، بمجرد إخلال أحد العاقدين بالتزاماته . دون حاجة إلى تدخل من القاضى ، وذلك فى حين أن الفسخ . وفقاً لما يقول به القانون المعاصر . لايقع ، كقاعدة عامة . إلا بحكم القاضى . بل إن للقاضى . كما سنرى . فى إيقاع الفسخ . سلطة تقديرية رحبة الحدود ، تصل به إلى حد إمكان رفضه ، برغم توافر شروطه .

وبرغم أن تأسيس الفسخ على الشرط الفاسخ الضمنى بات اليوم فكرة غير سليمة ومنبوذة . إلا أننا نجد كثرة الأحكام فى مصر لازالت تذكر هذا الشرط على اعتبار أنه يتمثل أساساً للفسخ القضائى [٢] — وهو ذاك الذى لايقع إلا بحكم القاضى — لتقابل بين هذا النوع من الفسخ وبين الفسخ القانونى أو الاتفاق . الذى يقع بقوة القانون وبغير حاجة إلى حكم القاضى ، والذى تؤسسه على مايطلق عليه الشرط الفاسخ لصريح . ولو أننا أردنا التزام الدقة . لتوجب القول بأنه لايوجد فى مجال الاتفاق على الفسخ .

---

(١) المفهوم الأصيل للشرط الفاسخ هو أن يعلق زوال العقد على واقعة مستقبلة محتملة الحصول دون أن تكون مؤكدة ، وهى إخلال العاقد بالتزاماته ، بحيث إنه إذا تحققت هذه الواقعة ، انفسخ العقد . وقد كان الرومان يأخذون بدقة بهذا المفهوم ، وأعملوا مؤداه ، فقالوا بوقوع الفسخ بقوة القانون ، بمجرد حصول إخلال أحد العاقدين بالتزاماته . ولكن مفهوم الشرط الفاسخ أخذ يتغير ، بعد أن قال الفرنسيون القدماء ، ومن بعدهم مدونة نابليون ثم غيرها من المدونات القانونية العصرية الأخرى ، بوجوب تدخل القاضى ، كأصل عام ، وعلى الأخص ، بعد أن منح القاضى سلطة تقديرية رحبة فى إيقاع الفسخ أو رفضه . وأصبح مدلول الشرط الفاسخ ، عند بعض الفقهاء وفى بعض أحكام القضاء ، هو أن يقع الفسخ جزاء للإخلال بالالتزام نتيجة اتفاق العاقدين على هذا الحكم صراحة أو ضمناً . وهكذا تغير مدلول الشرط ، باعتباره وصفاً يعلق العقد عليه ، إلى مدلول الشرط ، باعتباره أحد البنود التى يشملها العقد ؛ وبعبارة أخرى ،تغير مدلول الشرط condition إلى مدلول الاشتراط clause . قارن فى ذلك De Page ج ٢ نبذة ٨٧٦ .

(٢) انظر من أحكام النقض : نقض ١٩٥٧/٢/٢١ طعن ٢٣/٧٤ق مجموعة النقض س ٨ ص ١٥٨ رقم ٢٠ — نقض ١٩٥٥/١١/٢٤ مجموعة النقض س ٦ ص ١٥١٠ رقم ٢٠٦ — نقض ١٩٥٦/٥/٣١ مجموعة النقض س ٧ ص ٦٣١ رقم ٨٦ — نقض ١٩٧٠/٥/٢٦ طعن ٣٦/١٣٠ق مجموعة النقض س ٢١ ص ٩٠٨ رقم ١٤٥ — نقض ١٩٤٧/١٢/٤ ، مجموعة عمر ٥ ص ٤٩٨ رقم ٢٣٧ .

إلا نوع واحد من الشرط . وهو ذاك الذى يطلق عليه « الشرط الفاسخ الصريح » . الذى يترتب عليه وقوع الفسخ بقوة القانون بمجرد حصول الإخلال بالالتزام . أما الفسخ الذى يشار إليه على اعتبار أنه يؤسس على مايطلق عليه « الشرط الفاسخ الضمنى » . وهو الفسخ القضائى ، فإنه لايقع فى الحقيقة نتيجة الاتفاق عليه من العاقدين ، أى اشتراطه منهما . وإنما يقع إعمالا لحكم القانون نفسه الذى يبين شروطه ومداه[1] .

وتسير الآن جمهرة الفقهاء على تأسيس الفسخ على فكرة السبب [2] . فهم يقولون إنه ، فى العقود التبادلية ، يرجع سبب التزام كل متعاقد إلى قيام المتعاقد الآخر بتنفيذ التزاماته . بحيث إنه إذا أخل أحدهما بما يفرضه العقد عليه من التزامات . أصبح سبب التزام المتعاقد الآخر غير متحقق ، الأمر الذى يخوله طلبه فسخ العقد . وقد شاعت هذه الفكرة فى الفقه . على الأخص بعد أن قال الفقيه Capitant بالتعديل الذى أجراه على نظرية السبب فى شكلها التقليدى . ومؤداه أن سبب التزام كل متعاقد فى العقود التبادلية ، ليس هو ذات التزام المتعاقد الآخر . بل تنفيذ هذا الالتزام .

وتأسيس الفسخ على فكرة السبب يبدو لنا . بدوره . محل نظر . فمؤدى هذه الفكرة أن يقع الفسخ بقوة القانون . بمجرد حصول الإخلال بالالتزام . إذ يصبح التزام العاقد الذى حصل الإخلال إضراراً به . غير قائم على سبب . وذلك فى حين أن الفسخ لايقع ، كأصل عام ، إلا بحكم القاضى . بل إن للقاضى . كما سنرى ، أن يرفض طلب الفسخ . حتى بعد أن يثبت له الإخلال بالالتزام[3] .

---

(١) انظر فى هذا الاتجاه بالنسبة إلى ورود عبارة الشرط الفاسخ الضمنى فى أحكام القضاء ، السنهورى ج ١ طبعة ١٩٦٤ ص ٧٨٤ هامش ٣ .

(٢) انظر : حشمت أبو ستيت ، المرجع السابق نبذة ٣٧٣ — عبد المنعم الصده ، المرجع السابق نبذة ٣٦٨ — Colin et Capitant ج ٢ نبذة ١٤٠ — وقارن السنهورى ، المرجع السابق نبذة ٤٦٣ حيث يرى تأسيس الفسخ على فكرة الارتباط بين الالتزامات المتقابلة .

(٣) انظر فى نقد تأسيس الفسخ على فكرة السبب : Marty et Raynaud ج ٢ نبذة ١٩٠ و ٢٨٤ و ٣١١ — Mazeaud ، دروس القانون المدنى نبذة ٢٦٦ — Planiol, Ripert et Boulanger ج ٢ نبذة ٥١٥ .

وإذا طرحنا الرأى الذى يقيم الفسخ على فكرة السبب . فإن الرأى الذى يتمثل لنا صواباً هو أن الفسخ يتقرر كجزاء يفرضه القانون عن الإخلال بالالتزام . شأنه فى ذلك شأن التعويض . وهو جزاء يتسق مع فكرة أن العقد التبادلى يفرض الالتزامات على عاقديه على سبيل التقابل ، بحيث إنه إذا تقاعس أحدهما عن الوفاء بالتزاماته . ساغ للعاقد الآخر أن يطلب إزالة العقد كله . وتحلله بالتالى من التزاماته هو . وفكرة أن الفسخ يتقرر كجزاء عن الإخلال بالالتزام هى التى تتسق أكثر مع وجوب تدخل القاضى لإيقاعه ، وعلى الأخص مع منحه سلطة تقديرية رحبة فى الحكم به أو فى رفضه . فالأصل ، فى الجزاء أنه يتقرر بحكم القاضى (١) .

٣١٤ — مجال الفسخ :

الفسخ لا يكون إلا فى العقود . فلا مجال له فى التصرفات الصادرة من جانب واحد ، كالوصية . وهذا أمر ظاهر تقتضيه طبيعة الفسخ ذاتها .

والفسخ لايكون إلا فى العقود المنعقدة . فهو لايكون فى العقد الباطل . لأنه جزاء على إخلال العاقد بالتزامه . وهذا يفترض بالضرورة أن يكون العقد قد انعقد ، فولد آثاره ، ثم جاء أحد طرفيه فتقاعس عن أداء الالتزام الذى يفرضه عليه . وهكذا فلا مجال للفسخ ، إذا كان العقد لم يقم ، بمعنى أنه قد وقع باطلا .

وإذا كان الفسخ لا يقع فى العقد الباطل ، فلا يوجد ثمة مايمنع من إعماله فى العقد القابل للإبطال . لأن العقد القابل للإبطال ، بخلاف العقد الباطل ، عقد قائم ومنتج لآثاره ، وإن كان الزوال يتهدده . وهكذا يمكن أن يخضع العقد القابل للإبطال لجزاءين ، يختلفان فى أساسهما وفى مداهما ، وإن اتفقا إلى حد كبير فى أثرهما . وهذان الجزاءان هما الإبطال والفسخ .

(١) ولا يسوغ أن يعترض على ذلك بمقولة إن القانون يجيز وقوع الفسخ بقوة القانون ، عند الاتفاق على ذلك . فهذا حكم استثنائى يخالف الأصل العام . ثم إنه ليس غريباً . فله صنو فى القانون ، وهو الشرط الجزائى ، ومؤداه منح سلطة تقدير التعويض ، عن الإخلال بالالتزام ، للمتعاقدين نفسيهما ، فى حين أن الأصل أن القاضى هو الذى يقدره .

فأساس الإبطال خلل في ذات تكوين العقد . أما أساس الفسخ ، فهو إخلال أحد العاقدين بالتزامه . والإبطال يثبت فقط للعاقد الذى قام به سببه ، دون العاقد الآخر . أما الفسخ ، فهو يثبت لأى من العاقدين يحصل الإخلال من غريمه بالتزامه إضراراً به . ثم إن الإبطال ، إذا توافر سببه ، وتمسك به من قرر لمصلحته تمثل أمراً حتمياً على القاضى ، لا خيار له فيه ، فيلتزم بالحكم به [١] . أما الفسخ ، فهو ، كأصل عام ، أمر جوازى للقاضى ، يترخص فيه بسلطة تقديرية رحبة الحدود ، تخوله أن يحكم به ، أو يرفضه برغم توافر شروطه [٢] .

وإذ يتحدد مجال الفسخ ، حتى الآن ، بالعقد ، دون التصرف الصادر من جانب واحد ، وبالعقد المنعقد ، دون العقد الباطل ، فيبقى بعد ذلك أمر ثالث وأخير . فالفسخ لا يكون إلا فى العقود التبادلية ، أى الملزمة للجانبين (المادة ١٥٧ / ١) ، كالبيع والإيجار والشركة . فلا مكان له فى العقد الملزم لجانب واحد ، كالهبة [٣] . وهذا أمر تقتضيه بدوره طبيعة نظام

(١) هذا هو الأصل العام ، وإن كان يرد عليه استثناء فيما يتعلق بالاستغلال ، حيث تثبت للقاضى سلطة تقديرية فى إجابة الطرف المستغل إلى إبطال العقد أو إلى إنقاص التزاماته إلى الحد الذى يرفع عنه الغبن الفاحش (المـــادة ١٢٩/١ مدنى) ، على نحو ما سبق لنا أن بيناه . راجع ما سبق ، نبذة ١٨٩ .

(٢) يظهر مما سبق أنه فى العقد القابل للإبطال ، بخلاف العقد الباطل ، يمكن للعاقد الذى تقرر الإبطال لصالحه ، ثم جاء العاقد الآخر فأخل بالتزامه إضراراً به ، أن يسلك ، فى سبيل خلاصه من العقد ، أحد طريقين : فله أن يرفع دعوى الإبطال أو دعوى الفسخ . فإن بدأ بدعوى الإبطال ، ثم رفضها القاضى لعدم تحققه من قيام سببه ، جاز له بعد ذلك أن يرفع دعوى الفسخ . ولكن إذا بدأ بدعوى الفسخ ، ومن غير تحفظ بالنسبة إلى حقه فى الإبطال ، أمكن أن يفسر ذلك على أنه يجيز ضمن العقد ، فيتصحح نهائياً ، فيمتنع عليه ، إذا حكم القاضى برفض الفسخ ، إما لعدم توافر الشروط ، أو إعمالا لسلطته التقديرية ، أن يرفع دعوى الإبطال بعد ذلك . لأن مؤدى دعوى الفسخ أن رافعها يطلب إعماله كجزاء عن إخلال العاقد الآخر بالتزامه . وهذا يفترض أنه يسلم بأن العقد صحيح ، حتى أنه استطاع أن ينتج الالتزام الذى يدعى الإخلال به ، أى أن ذلك يتضمن منه إجازة ضمنية للعقد .

(٣) على أنه إذا كانت الهبة قد عقدت مشروطة بأن يقوم الموهوب له بالتزام معين ، أمكن أن ترد محلا للفسخ ، لأن الهبة تكون هنا ملزمة للجانبين .

الفسخ ذاتها . فالفسخ . نظام مؤداه أن يخل أحد العاقدين بالتزامه ، فيترخص للعاقد الآخر أن يطلب فسخ العقد ، حتى يتحرر هو من التزاماته . وهذا ما يقتضى أن يكون من شأن العقد أن يولد التزامات على العاقدين كليهما ، أى أن يكون ملزماً للجانبين .

وإذا توافر للفسخ مجال إعماله الذى حددناه . فهو يثبت فى صورته العادية — وهى صورة الفسخ القضائى — ، دون حاجة إلى النص عليه فى العقد [١] ، بل من غير حاجة إلى أن يعرض له المتعاقد ان أصلا باتفاق عليه بينهما ، صريحاً كان هذا الاتفاق أم ضمنياً . فرخصة الفسخ القضائى ، أى الفسخ الذى يوقعه القاضى عند توافر شروطه ، تثبت لصاحبها بمقتضى القانون ذاته ، وذلك بخلاف النوع الآخر من الفسخ ، وهو الذى يقع بقوة القانون ، حيث إنه لايكون إلا باتفاق قاطع عليه .

وإذا كان الفسخ فى صورته العادية ، أى الفسخ القضائى ، يثبت لمن يكون له الحق فيه بمقتضى القانون ذاته ، وبدون حاجة إلى اشتراطه صراحة أو ضمناً ، فإنه لايوجد ثمة مايمنع من الاتفاق على استبعاده ، سواء أحصل هذا الاتفاق عند إبرام العقد أم فى تاريخ لاحق . إلا أن مثل هذا الاتفاق ينبغى أن يثبت ممن يدعيه على نحو قاطع . إذ أن مايخالف الأصل لايفترض . فإن كان القانون هو الذى يمنح رخصة الفسخ لمن تتوافر فيه شروطه ، فهو يمنحها إياه بمقتضى قاعدة مفسرة أو مكملة ، يجوز الاتفاق على مخالفتها [٢] . وهكذا فنظام الفسخ لا يتعلق بالنظام العـــام . وهو فى ذلك يتخالف مع نظام البطلان ، الذى يعتبر من صميم النظام العام ، اعتباراً بأنه يتمثل جزاء عما يمس العقد فى ذات قيامه .

---

(١) انظر : نقض ١٩٦٦/٣/٢٤ طعن ٣٢/١٨٨ ق مجموعة النقض س ١٧ ص ٧٠٨ رقم ٩٧ — نقض ١٩٦٩/٢/١٣ طعن ٣٥/٢٣ ق مجموعة النقض س ٢٠ ص ٣٢٥ رقم ٥٢ .

(٢) راجع نقض ١٩٦٩/٢/١٣ السابقة الإشارة إليه . وقد جاء فى هذا الحكم أن نص المادة ١٥٧ مدنى ، الذى يخول كلا من المتعاقدين الحق فى المطالبة بفسخ العقد إذا لم يوف العاقد الآخر بالتزامه ، « هو من النصوص المكملة لإرادة المتعاقدين . ولهذا فإن هذا الحق يكون ثابتاً لكل منهما بنص القانون ، ويعتبر العقد متضمناً له ولو خلا من اشتراطه ، ولا يجوز حرمان المتعاقدين من هذا الحق أو الحد من نطاقه إلا باتفاق صريح » .

٣٠٥ – خيار الدائن بين الفسخ والتنفيذ : –

رأينا أنه يجوز ، فى العقود الملزمة للجانبين ، للدائن ، إذا أخل مدينه بالتزامه ، أن يطلب فسخ العقد ، حتى يتحرر هو بدوره من التزاماته التى يرتبها العقد عليه . ولكن هذا الأمر ليس واجباً عليه . فالفسخ أمر جوازى للدائن الذى يقع الإخلال بحقه . إن شاء تمسك به ، وإن شاء أحجم عنه ، وأصر على أن يقوم المدين بتنفيذ التزامه [1] . فهو يتمثل مجرد رخصة تخول الدائن الذى يحصل الإخلال بالتزامه التحلل من العقد [2] ، من غير أن يجبر عليه . وهو يتمثل رخصة تضاف إلى حق الدائن الأصيل فى التمسك بالعقد والإصرار على تنفيذ التزام مدينه . وليست بديلة عنه . وفى ذلك تقضى المادة ١٥٧ / ٢ بأنه يجوز للعاقد . إذا أخل العاقد الآخر بالتزامه وبعد إعذاره «أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه» [3] . فالشخص الذى يبيع ماله . مثلا ، ثم يتقاعس المشترى عن دفع الثمن . يثبت له طلب فسخ البيع . حتى يتحلل هو بدوره من أداء التزامه بتسليم المبيع وبنقل ملكيته . ولكن هذا الفسخ يثبت له على سبيل الرخصة والجواز . دون الجبر والإلزام . ومن ثم يسوغ للبائع فى مثالنا . أن يتمسك بوجوب أن يقوم المشترى بأداء التزامه بدفع الثمن . بل إن ذلك هو حقه الأصيل . الذى لاتأتى رخصة الفسخ بديلة عنه . وإنما تجىء لتنضاف إليه . ولتمنح الدائن الخيار بينها وبينه . وهكذا فالمتعاقد الذى يحصل الإخلال بحقه يكون له الخيار بين أن يصر على تنفيذ المدين التزامه . وبين أن يطلب فسخ العقد . والخيار فى ذلك كامل له . فلا جبر عليه فيه . وإذا اختار أحد الأمرين . فلا يوجد ثمة مايمنعه من تركه إلى الآخر . فليس

---

(١) انظر فى هذا الموضوع : عبد الحى حجازى ، مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية فى سنتيها الأولى والثانية .

(٢) راجع فى هذا المعنى : السنهورى ، الوسيط ج ١ نبذة ٤٧٥ والمراجع التى أشار إليها .

(٣) وقد جاءت المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى تقول : « فى حالة الفسخ القضائى يتخلف أحد العاقدين عن الوفاء بالتزامه ، رغم أن الوفاء لازال ممكناً ، ويكون العاقد الآخر بالخيار بين المطالبة بتنفيذ العقد وبين طلب الفسخ ، على أن يكون قد أعذر المدين من قبل . فإذا اختار الدائن تنفيذ العقد وطلبه ، وهو يدخل فى حدود الإمكان . . . تعين أن يستجيب *القاضى لهذا الطلب* . . . » .

هناك ما يمنع العاقد من أن يبدأ بطلب التنفيذ ثم يتركه إلى الفسخ [١] . أو العكس .

خلاصة ماسبق أن الفسخ جوازى للعاقد الذى يخل الطرف الآخر بالتزامه ولا يمنعه من التمسك بتنفيذ هذا الالتزام .

ورخصة الفسخ لاتثبت بالضرورة إلا للعاقد الذى يقع الإخلال بالتزامه دون العاقد الآخر . فلا يجوز للعاقد الذى يخل بالتزامه أن يطلب هو فسخ العقد . فالمشترى ، فى مثالنا الذى سبق ذكره ، لا يجوز له أن يطلب فسخ البيع . لأن الفرض أنه هو الذى أخل بالتزامه بدفع الثمن ، دون البائع الذى لم يخل بأى من التزاماته .

يظهر مما سبق أن الفسخ رخصة تثبت لذات العاقد الذى وقع الإخلال بحقه من غريمه ، دون هذا الأخير . وهذه الرخصة تثبت له أيضاً وحده ، دون أن تثبت للقاضى . فليس للقاضى أن يحكم بالفسخ من تلقاء نفسه ، حتى لو تبين حدوث الإخلال بحقوق أحد العاقدين . وإنما يتحتم هنا أن يكون هذا العاقد قد طلب من القاضى الحكم بالفسخ . وهكذا فللقاضى أن يجيب المتعاقد الذى وقع الإخلال بحقوقه إلى الفسخ ، إذا طلبه منه . ولكنه لا يحكم به متطوعاً من تلقاء نفسه .

وإذا كان الفسخ رخصة تثبت للعاقد ، جزاء لإخلال العاقد الآخر بالتزامه ، فلا يوجد ثمة ما يمنعه من النزول عنه ، حتى قبل أن يتحقق سببه ، أى حتى قبل أن يثبت الإخلال بالالتزام . وسواء فى ذلك أن يجىء النزول عن الفسخ من العاقد تلقائياً ، أم نتيجة التزامه به بمقتضى عقد أبرمه مع غريمه . فالاتفاق الذى يمنع العاقد من التمسك بالفسخ صحيح . وهو صحيح ، سواء أكان من شأنه منع العاقدين كليهما ، أو أحدهما دون الآخر . وهو صحيح أياً ما كان تاريخه ، أى سواء تم بعد تحقق سبب الفسخ أم قبله [٢] .

---

(١) انظر : نقض ١٥/٨/١٩٦٧ طعن ١٩٣/٣٤ق مجموعة النقض س ٢٠ ص ١٥٠٠ رقم ٢٢٥ . وقد جاء فى هذا الحكم أن رجوع المشترى على البائع بضمان الاستحقاق لا يمنعه من المطالبة بفسخ عقد البيع على أساس أن البائع أخل بالتزامه .

(٢) انظر فى هذا الاتجاه : السنهورى ، الوسيط ج ١ نبذة ٤٧٥ . وراجع ما سبق ، نبذة ٣١٤ .

٣١٦ — شروط الفسخ :

يلزم ، لإمكان وقوع الفسخ ، أياً ماكانت طريقة وقوعه ، أى سواء أكان فسخاً قضائياً أم قانونياً ، توافر الشروط الثلاثة الآتية :

١ — إخلال المدين بالتزامه الناشيء من العقد : فالفسخ ، كما قلنا ، جزاء يتقرر لصالح الدائن ، عند عدم وفاء المدين بالتزامه . فيلزم أن يكون المدين قد أخل فعلا بالتزامه [١] . سواء أكان هذا الإخلال كلياً ، بأن كان المدين لم يف بالتزامه أصلا ، أو كان جزئياً ، بأن كان المدين قد وفى ببعض التزامه دون البعض الآخر .

ولايعتبر المدين مخلا بالتزامه إخلالا يجيز له طلب فسخ العقد ، إلا إذا تقاعس عن أدائه بعد إعذاره [٢] و [٣] من دائنه بوجوب هذا الأداء ، وبغير ضرورة بعد ذلك لتهديده بالفسخ إذا قعد عنه [٤]. وفى ذلك تقضى

---

(١) وتقدير الأمور التى تتمثل من المدين إخلالا بالتزامه متروك لقاضى الموضوع من غير أن يكون عليه معقب من محكمة النقض ، ما دام هو يقوم على أسباب تسوغه . انظر نقض ١٩٧٠/٣/١٧ ، مجموعة النقض س ٢١ ص ٤٥٠ .

(٢) انظر : نقض ١٩٥٧/٢/٢١ مجموعة النقض س ٨ ص ١٥٨ رقم ٢٠ — نقض ١٩٥٢/٥/١ مجموعة النقض س ٣ ص ٩٨٨ رقم ١٤٦ . وقد جاء فى هذا الحكم الأخير أن من الفسخ أن يظل المشترى متخلفاً عن الوفاء حتى صدور الحكم ، وأن ينبه البائع عليه بالوفاء . « وسبيل هذا التنبيه فى البيوع المدنية هو التكليف الرسمى على يد محضر . فلا يصح بمجرد خطاب ، ولو كان موصى عليه » .

(٣) والإعذار مقرر لمصلحة المدين . ومن ثم ينبغى عليه أن يتمسك بعدم حصوله ، وهو فى سبيل دفع الدعوى المرفوعة بالفسخ عليه من دائنه . وله أن يتمسك بعدم حصوله فى أى وقت كانت عليه الدعوى أمام محكمة الموضوع ، ولو لأول مرة أمام محكمة الاستئناف . ولكن لا يجوز له ذلك لأول مرة أمام محكمة النقض . انظر فى ذلك : نقض ١٩٦٤/٥/١٤ طعن ٢٩/٣٧٠ق مجموعة النقض س ١٥ ص ٦٩١ رقم ١٠٩ . وقد جاء فى هذا الحكم أن « الإعذار قد شرع لمصلحة المدين ، وله أن يتنازل عنه . فإذا لم يتمسك المدين أمام محكمة الاستئناف بأن الدائن لم يعذره قبل رفع الدعوى بفسخ العقد ، فإنه لا يقبل منه إثارة هذا الدفاع لأول مرة أمام محكمة النقض » .

(٤) انظر : نقض ١٩٦٤/١١/١٢ مجموعة النقض س ١٥ ص ١٠٢٨ رقم ١٥٣ . وقد جاء فى هذا الحكم أن « الأصل فى الإعذار أن يكون بإنذار المدين على يد محضر بالوفاء بالتزامه الذى تخلف عن تنفيذه . ويقوم مقام الإنذار كل ورقة رسمية يدعو فيها الدائن المدين إلى =

المادة ١٥٧ / ١ بأنه « فى العقود الملزمة للجانبين ، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه ، جاز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه ... » . فلابد للإخلال هنا أن يكون ثابتاً بوجه رسمى . والسبيل إلى ذلك هو الإعذار [١] . فلا يكفى فى حالة البيع مثلا . أن يتخلف المشترى عن دفع الثمن عند حلول أجله . ولا أن يستمر تخلفه هذا إلى ما بعد التنبيه عليه بدفعه شفاهاً أو بخطاب ، وإنما يلزم أن يستمر تقاعسه عن أدائه إلى مابعد إعذاره بوقت معقول يقدره قاضى الموضوع . علماً بأن الإعذار يكون بالإنذار على يد محضر أو بما يقوم مقامه [٢] (المادة ٢١٩) .

ولا تظهر أهمية تطلب أن يكون إخلال المدين ثابتاً بوجه رسمى عن طريق الإعذار إلا فى الفسخ القانونى ، الذى يقع بقوة القانون ودون حاجة إلى حكم القاضى . وذلك نتيجة شرط صريح فى العقد يقضى به . أما فى الفسخ القضائى ، أى ذاك الذى يقع بحكم القاضى ، فلاتظهر أهمية ما سبق .

= الوفاء بالتزامه ويسجل عليه التأخير فى تنفيذه . ولا يتطلب القانون أن تتضمن الورقة فوق ذلك تهديد المدين بطلب فسخ العقد فى حالة عدم وفائه بالتزامه . ذلك لأن الفسخ والتعويض كليهما جزاء يرتبه القانون على تخلف المدين عن الوفاء بالتزامه فى العقود الملزمة للجانبين . وليس بلازم أن ينبه المدين اليهما قبل رفع الدعوى بطلب أيهما . . . » .

(١) على أن الإعذار لا يكون لازماً لإثبات الإخلال بالالتزام الذى من شأنه أن يفضى إلى الفسخ فى الحالات التى يقرر فيها القانون نفسه عدم ضرورة إجرائه لإثبات التقصير على المدين ، كما إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين ، أو إذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه (المادة ٢٢٠) . انظر فى هذا الاتجاه : نقض ٣١-٥-١٩٥٦ ، مجموعة النقض س ٧ ص ٦٣١ رقم ٨٦ . وقد جاء فى هذا الحكم « أنه وإن كان يتعين لكى تقضى المحكمة بفسخ عقد البيع تحقيقاً للشرط الفاسخ الضمنى أن ينبه البائع على المشترى بالوفاء تنبيهاً رسمياً ، إلا أن محل ذلك ألا يكون المشترى قد صرح بعدم رغبته فى القيام بالتزامه . فإذا كان المشترى قد عرض ثمناً أقل مما هو ملزم بسداده وصمم على ذلك لحين الفصل فى الدعوى فلا تكون هناك حاجة — لكى يصح الحكم بالفسخ — إلى ضرورة التنبيه على المشترى بوفاء الثمن المستحق » .

(٢) انظر نقض ١٢/١١/١٩٦٤ المشار إليه فى الهامش قبل السابق . وقد جاء فى هذا الحكم أنه يقوم مقام الانذار ، باعتباره السبيل الأصيل للإعذار ، كل ورقة رسمية يدعو فيها الدائن المدين إلى الوفاء بالتزامه ، ويسجل عليه التأخير فى تنفيذه » . وخلص الحكم إلى اعتبار بروتستو عدم الدفع اعذاراً . انظر أيضاً نقض ١/٥/١٩٥٢ ، مجموعة النقض س ٢ ص ٢٥٩

ذلك لأن مجرد رفع الدعوى بالفسخ تأسيساً على عدم وفاء المدين بالالتزام يعتبر فى ذاته إعذاراً له بوجوب هذا الوفاء فى ميعاد معقول ، وإلا تحمل نتيجة تقاعسه [١] .

ولخطورة الفسخ ، اعتباراً بأنه يؤدى إلى انحلال العقد ، فقد سار الفقه والقضاء فى فرنسا وفى مصر . على أنه يلزم ، للقضاء به ، أن يستمر الإخلال بالالتزام إلى تاريخ إيقاعه . وتظهر أهمية هذا الاتجاه فى الفسخ القضائى ، أى الفسخ الذى ينشأ بحكم القاضى . حيث يؤدى الأخذ به إلى السماح للمدين المخل بالتزامه أن يدرأ عن نفسه الفسخ ، بقيامه بالوفاء بالالتزام ، إلى ماقبل صدور الحكم النهائى به [٢] . وبمعنى أدق إلى ما قبل إقفال باب المرافعة فى الدعوى التى يصدر فيها هذا الحكم ، وذلك مالم يكن تأخر المدين فى الوفاء من شأنه أن يضر بالدائن [٣] .

---

(١) وقد قضى بأنه يلزم ، لاعتبار صحيفة الدعوى بفسخ البيع لإخلال المشترى بالتزامه أعذار لهذا الأخير بالفسخ ، أن تتضمن تكليفه بالوفاء بهذا الالتزام (نقض ١٩٧٩/١/٢٥ مجموعة النقض س ٣٠ ص ٣٨٥ رقم ٧٥) .

(٢) انظر نقض ١٩٧٠/٣/١٢ ، مجموعة النقض س ٢١ ص ٤٢٥ . وقد جاء فى هذا الحكم : « يتعين لإجابة طلب الفسخ أن يظل الطرف الآخر متخلفاً عن الوفاء بالتزامه حتى صدور الحكم النهائى ، وله أن يتوقى صدور هذا الحكم بتنفيذ التزامه إلى ما قبل صدوره ، ويستوى فى ذلك أن يكون حسن النية أو سيىء النية ، إذ محل ذلك لا يكون إلا عند النظر فى التعويض عن التأخير فى تنفيذ الالتزام » . وانظر أيضاً نقض ١٩٦٧/١/٢٦ ، مجموعة النقض س ١٨ رقم ٣٥ ص ٢١٥ — نقض ٢٠-٤-١٩٦٧ ، مجموعة النقض س ١٨ رقم ١٣١ ص ٨٥٩ — نقض ١٩٥٧/٢/٢١ ، مجموعة النقض س ٨ ص ١٥٨ رقم ٢٠ — نقض ١٩٥٢/٥/١ مجموعة النقض س ٣ ص ٩٨٨ رقم ١٤٦ — نقض ١٩٦٢/١١/٨ مجموعة النقض س ١٣ ص ٩٩٢ رقم ١٣ .

(٣) فالرخصة التى تمنح للمدين فى توقى الفسخ بأدائه الالتزام إلى ما قبل الحكم النهائى فى الدعوى مناطة بعدم حصول ضرر للدائن من التأخير فى الوفاء له بحقه . انظر فى ذلك : نقض ١٩٧٠/٥/٢٦ طعن ١٣٠/٣٦ق مجموعة النقض س ٢١ ص ٩٠٨ رقم ١٤٥ . وقد جاء فى هذا الحكم أنه إذا كان من شأن الفسخ القضائى « أن يخول المدين الحق فى أن يتوقى الفسخ بالوفاء بالدين ولو بعد انقضاء الأجل المحدد فى العقد ، بل وبعد رفع الدعوى بطلب الفسخ وإلى ما قبل صدور الحكم النهائى فيها ، ولما كان الثابت من مدونات الحكم المطعون فيه أن الطاعن قام بالوفاء بالمبلغ المحكوم به ابتدائياً أمام محكمة الاستئناف ، وهو ما يقوم مانعاً من إجابة طلب الفسخ ، =

٢ — يلزم ألا يكون الدائن طالب الفسخ مخلا بدوره بالتزاماته . فالدائن بطلبه الفسخ ، يأخذ على مدينه أنه قد تقاعس عن الوفاء بالتزاماته نحوه إضراراً به ، فلا ينبغي له أن يكون ، هو من جانبه، مخلا بالتزاماته نحو غريمه . إذ لايصح له أن يتأذى من عمل يكون هو نفسه واقع فيه . بل إن المدين لايعتبر أصلا مخلا بالتزامه إخلالا من شأنه أن يجوز طلب الفسخ إضراراً به . إذا كان دائنه قد تقاعس بدوره عن الوفاء بما يوجبه العقد عليه لصالحه . إذ أن للمدين ، فى مثل هذه الحالة ، الحق قانوناً فى أن يمتنع عن الوفاء بالتزامه ، إلى أن يقوم غريمه بالوفاء له بما عليه ، إعمالا لنظام الدفع بعدم التنفيذ . وهكذا يكون امتناع المدين عن الوفاء بالتزامه هنا قائماً على حق . وليس متمثلا فى إخلال ، الأمر الذى يجعل ذات الشرط الأول السابق عرضه غير متوافر . وعلى ذلك فلا يجوز للمتعاقد ، الذى أخل المتعاقد الآخر بحقوقه ، أن يطلب الفسخ ، إلا إذا كان هو قد وفى بالتزاماته ، أو فى الأقل ، كان مستعداً للوفاء بها ، وعرض القيام بهذا الوفاء عرضاً قانونياً صحيحاً (١) .

= ما لم يتبين لمحكمة الموضوع أن هذا الوفاء المتأخر مما يضار به الدائن، وكان الحكم المطعون فيه — الذى أيد الحكم الابتدائى بفسخ العقد — لم يبين وجه الضرر المبرر لعدم اعتبار وفاء الطاعن بالمتبقى من مبلغ الايجار المحكوم به ابتدائياً مانعاً من الفسخ ، وكان ما قرره من إسناد المماطلة والإعنات إلى الطاعن لا يعد بياناً للضرر فى هذا الخصوص ، فإن الحكم يكون مشوباً بالقصور فى التسبيب والفساد فى الاستدلال بما يستوجب نقضه فيما قضى به من فسخ العقد » . وانظر فى نفس الاتجاه : نقض ١٤/٥/١٩٥٣ مجموعة النقض س ٤ ص ١٠٢٤ رقم ١٦٠ .

(١) انظر نقض ١٩/١/١٩٦٧ ، مجموعة النقض س ١٨ ص ١٤٣ رقم ٢٤ . وتتلخص وقائع الدعوى التى صدر فيها الحكم فى أن شخصاً باع لآخر أكثر مما يملك ، واشترط فى العقد اعتباره مفسوخاً من تلقاء نفسه ، إذا تأخر المشترى فى دفع الثمن فى ميعاده . لم يدفع المشترى أقساط الثمن فى ميعاده ، استناداً إلى الخطر الذى يتهدده نتيجة كون غريمه قد باع له أكثر مما يملك ، وأنه كان له بالتالى الحق فى حبس الثمن . تمسك البائع بالشرط الفاسخ الصريح ، وأجابته محكمة الموضوع إليه . ولكن المحكمة العليا نقضت الحكم ، قاضية بحق « أن الشرط الفاسخ المقرر جزاء على عدم وفاء المشترى بالثمن فى الميعاد المتفق عليه لا يتحقق إلا إذا كان التخلف عن الوفاء بغير حق . فإن كان من حق المشترى قانوناً أن يحبس الثمن عن البائع . فلا عمل للشرط الفاسخ ، ولو كان صريحاً » . وذلك حتى لو كان المشترى لم يخطر البائع بعزمه على مباشرة حقه فى الحبس =

٣ – يجب على طالب الفسخ أن يكون قادراً على التمشى مع النتيجة التى من شأن الفسخ أن يرتبها . فمؤدى الفسخ ، كما سنبينه بعد قليل ، اعتبار العقد كأن لم يكن أصلا . الأمر الذى من شأنه أن يعيد المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليها قبل إبرام العقد . فإذا تعذر على الدائن بفعله أن يعيد الحال إلى ما كانت عليه قبل العقد ، امتنع عليه أن يطلب الفسخ . ومثال ذلك أن يشترى شخص كمية من البضاعة ، ويتسلم بالفعل بعضها ويبيعه لعملائه ، ثم يقعد البائع عن تسليم الجزء الباقى من البضاعة ؛ هنا يمتنع على المشترى طلب فسخ البيع ، برغم وقوع الإخلال من البائع ، لأنه لن يستطيع ، لو أنه حكم بالفسخ ، أن يتمشى مع نتيجته ، فيعيد البائع إلى الحالة التى كان عليها قبل العقد ، إذ الفرض أنه لن يستطيع أن يعيد إليه البضاعة التى باعها لعملائه . ومثال الحالة التى نحن بصددها أيضاً أن يشترى شخص آلة ، فيسىء استعمالها ويهمل فى اتخاذ مايلزم من جانبه لصيانتها وتتلف ، فيمتنع عليه طلب الفسخ استناداً إلى إخلال البائع بالتزاماته نحوه ، إذ أن المشترى لايستطيع هنا بفعله إعادة الآلة إلى الحالة التى اشتراها فى الأصل عليها [1] .

نخلص مما سبق أنه يلزم ، لكى يحكم القاضى بالفسخ ، إذا ما طلبه منه الدائن ، أن يكون المدين قد أخل بالتزام من الالتزامات التى يرتبها العقد فى ذمته ، وأن يكون الدائن نفسه غير مخل بالتزاماته بأن يكون قد وفى بها أو على استعداد لأن يوفيها ، وأن يكون الدائن ، فى النهاية ، قادراً على

= قبل حلول الأجل ، إذ أن مثل هذا الإخطار ليس شرطاً لثبوت الحق فى الحبس . وانظر أيضاً : نقض ٨/٤/١٩٦٩ طعن ١٤٨/٣٥ق مجموعة النقض س ٢٠ ص ٥٧١ رقم ٩٢ . وقد جاء فى هذا الحكم أنه « لا يكفى لحكم بالفسخ أن يكون الفسخ وارداً على عقد ملزم للجانبين ، وأن يكون عدم التنفيذ راجعاً إلى غير السبب الأجنبى ، وإنما يشترط أيضاً أن يكون طالب الفسخ مستعداً للقيام بالتزامه الذى نشأ عن العقد والمتفق على المبادرة إلى تنفيذه من يوم تحريره ، فإذا كان قد أخل هو بالتزامه هذا ، فلا يحق له أن يطلب فسخ العقد لعدم قيام الطرف الآخر بتنفيذ ما فى ذمته من الالتزام » .

(١) انظر تمييز الكويت ١٦/٢/١٩٧٧ ، طعن رقم ٤٧/١٩٧٥ تجارى ، منشور فى مجلة المحامى س ٢ ع ٨ و ٩ ص ٦٣ ، ومنشور أيضاً فى مجموعة القواعد التى قررتها محكمة التمييز فى المدة من ١-١١-٧٢ إلى ١-١٠-٧٩ ص ١٩٤ رقم ٤٠ .

التمشى مع نتيجة الفسخ ، بمعنى أن يكون قادراً من جهته على إعادة الحال إلى ما كانت عليه قبل العقد [١] .

٣١٧ — كيف يتقرر الفسخ :

الأصل فى الفسخ أنه يتقرر قضاء ، أى بحكم القاضى . ولكنه يقع بقوة القانون ، دون حاجة إلى أن ينشأه حكم القاضى ، إذا اتفق العاقدان على على حصوله على هذا النحو . وهكذا ينقسم الفسخ ، بالنسبة إلى طريقة وقوعه ، إلى فسخ قضائى وفسخ قانونى أو اتفاق . ونتكلم فى هذين النوعين من الفسخ ، وذلك فيما يلى :

٣١٨ — أولا : الفسخ القضائى :

الأصل فى الفسخ أنه لايتقرر إلا بحكم القاضى . فهو جزاء على إخلال المدين بالتزامه . والقاعدة فى الجزاء أنه لايتوقع إلا من القاضى . ومن ثم فالأصل فى الفسخ أنه قضائى .

فمجرد توافر شروط الفسخ لايكفى لحصوله ، ولايجوز لعاقد أن يتخذه ذريعة لإجرائه من تلقاء نفسه [٢] ، وإنما يلزمه أن يلجأ إلى القضاء ويطلب منه الحكم له به . وللقاضى من بعد سلطة رحبة الحدود فى إجابته إليه أو رفضه عنه ، كما سنبينه بعد قليل ، وذلك كله ما لم يكن المتعاقدان قد اتفقا على حصول الفسخ بقوة القانون بمجرد الإخلال بالالتزام .

وإذا كان الأصل فى الفسخ أنه يتقرر بحكم القاضى ، إلا أنه ليس للقاضى أن يحكم به من تلقاء نفسه . وإنما يلزم لذلك أن يطلبه المتعاقد الذى حصل

---

(١) انظر ، فى شروط إجابة القاضى الدائن إلى طلبه فسخ العقد ، تمييز الكويت ١٩٧٧/٢/١٦ السابقة الإشارة إليه . وقد عمد هذا الحكم إلى سرد شروط الفسخ القضائى على نحو تغلب فيه النزعة الفقهية .

(٢) انظر : نقض ١٩٥٧/١/٢٤ طعن ٢٣/٧٨ ق مجموعة النقض س ٨ ص ٩٨ رقم ١١ . وقد جاء فى هذا الحكم أن « فسخ العقد لا يكون إلا نتيجة لاتفاق المتعاقدين عليه أو بصدور حكم به . . . ولا يشفع لأحد المتعاقدين فى الانفراد بالفسخ قوله بقيام أسباب هى فى نظره مبررة للفسخ » .

الإخلال بحقه (1) ، وسواء فى ذلك أن يكون طلبه إياه صريحاً أم ضمنياً (2) .. وهنا يتعين على القاضى ، قبل أن يحكم بالفسخ ، أن يتحقق من توافر كل الشروط التى سبق لنا بيانها . فإذا وجد أحدها متخلفاً ، تحتم عليه أن يرفض الفسخ . أما إذا وجد أن شروط الفسخ متوافرة كلها ، ثبتت له مع ذلك سلطة تقديرية رحبة الحدود فى إجابة المتعاقد إلى طلب الفسخ ، أو فى رفضه ، أو فى نظرة المدين إلى أجل يحدده ، على نحو ما سوف نفصله حالا .

٣١٩ — سلطة القاضى إزاء الفسخ القضائى :

رأينا منذ قليل أن للقاضى سلطة تقديرية رحبة الحدود إزاء الفسخ القضائى . وتتمثل سلطته هذه فى مظهرين أساسيين ، هما الآتيان :

أولا : للقاضى أن يمنح المدين أجلا للوفاء بالالتزام الذى تقاعس عن أدائه ، إذا رأى أن الظروف تقتضيه ، كما إذا رأى أن ثمة أملا فى أن يفلح المدين فى أداء دينه فى وقت ليس بجد بعيد ، فينظره إلى ميسرة (3) ، لعل الله يؤتيه من بعد عسر يسراً . وفى هذه الحالة ، لاينفسخ العقد ، إلا إذا انقضى الأجل الجديد من غير أن يفى المدين بالتزامه (4) . وللقاضى أن يمنح المدين

---

(1) انظر تمييز الكويت ١٩٨٠/٦/٢٥ ، طعن رقم ٧٨/٥٠ تجارى .

(2) انظر : نقض ١٩٦٦/١٠/٢٠ طعن ٣٣/٣٨٤ ق مجموعة النقض س ١٧ ص ١٥٥٢ رقم ٢١٧ . وقد جاء فى هذا الحكم أنه : « إذا كان المشترى قد طلب استرداد ما عجله من الثمن وبراءة ذمته من السند المحرر بالباقى من هذا الثمن بسبب وجود عيب خفى جسيم فى المبيع ، فإنه يكون قد طلب ضمناً فسخ العقد . . . » .

(3) راجع المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٣٢٧) . وقد جاء فيها : « أما إذا اختار (الدائن) الفسخ ، فلا يجبر القاضى على إجابته إليه ، بل يجوز له أن ينظر المدين إلى ميسرة إذا طلب النظرة ، مع إلزامه بالتعويض عند الاقتضاء . بل ويجوز له أن يقضى بذلك من تلقاء نفسه . وله كذلك ، ولو كان التنفيذ جزئياً ، أن يقتصر على تعويض الدائن عما تخلف المدين عن تنفيذه ، إذا كان ما تم تنفيذه هو الجزء الأهم فى الالتزام » .

(4) ويسير الفقه والقضاء فى مجموعهما على أنه لا يجوز للقاضى ، فى حالة طلب الفسخ ، أن يترخص فى منح الأجل للمدين إلا مرة واحدة . فإذا نظره إلى ميسرة خلال أجل معين حدده ، ثم انقضى هذا الأجل ، من غير أن يفى المدين بالتزامه ، ما ساغ للقاضى أن يمهله إلى أجل آخر . —

نظرة الميسرة ، ولو لم يطلبها هذا منه [١] . إذ أن له أن يرفض الفسخ كلية ، ومن يملك الأكثر يملك الأقل . والقاضى ، فى منح المدين نظرة الميسرة أو فى رفضها عنه ، يترخص بسلطة تقديرية ، فالأمر من إطلاقياته بغير معقب عليه من محكمة النقض ، طالما يقوم تقديره على أسباب سائغة من شأنها أن تحمله [٢] .

على أن القضاء ، وعلى رأسه محكمة النقض ، مستقر على أنه لا يجوز منح المدين ، فى سبيل تجنيبه دعوى الفسخ ، نظرة الميسرة إلا مرة واحدة ، حيث يتحتم على المدين دفع الدين ، الذى رفعت الدعوى نتيجة تقاعسه عن أدائه ، كاملا [٣] ، خلال الأجل الممنوح له ، وإلا اعتبر العقد مفسوخاً من

= بل إن العقد هنا يعتبر مفسوخاً ، بمجرد انتهاء ذلك الأجل دون وفاء بالالتزام ، حتى لو لم تصرح المحكمة فى حكمها بذلك (انظر : نقض ١٩٦٧/٤/٢٠ ، مجموعة النقض س ١٨ رقم ١٣١ ص ٨٥٩ . وانظر كذلك نقض ٢٣ مايو ١٩٥٧ ، مجموعة أحكام النقض س ٨ رقم ٥٤ ص ٥١٠) .

(١) انظر المذكرة الإيضاحية عن المشروع التمهيدى ج ٢ ص ٣٢٧ .

(٢) انظر : نقض ١٩٦٩/٢/١٣ طعن ٣٥/٢٣ق مجموعة أحكام النقض س ٢٠ ص ٣٢٥ رقم ٥٢ . وقد جاء فى هذا الحكم أن منح المدين مهلة للوفاء بدينه أو رفض طلبها « مما يدخل فى سلطة محكمة الموضوع التقديرية ، لأنه من الرخص التى أطلق الشارع فيها لقاضى الموضوع الخيار فى أن يأخذ فيها بأحد وجهى الحكم فى القانون حسبما يراه هو من ظروف كل دعوى بغير معقب عليه » . وانظر فى نفس الاتجاه : نقض ١٩٦٨/٥/١٦ طعن ٣٤/٣٠٤ق مجموعة النقض س ١٩ ص ٩٦٢ رقم ١٤٣ — نقض ١٩٥٧/٥/٢٣ مجموعة النقض س ٨ ص ٥١٠ رقم ٥٤ .

(٣) وليس يلزم أن يكون الدين الذى يمنح القاضى المدين الأجل لوفائه محدداً بكل عناصره فى قضائه بمنح الأجل ، طالما أنه محدد أو حتى قابل للتحديد فى صحيفة الدعوى وما يكملها من أوراقها . انظر فى ذلك : نقض ١٩٥٧/٥/٢٣ مجموعة النقض س ٨ ص ٥١٠ رقم ٥٤ السابقة الإشارة إليه . وقد قضى هذا الحكم بأنه « متى كان أصل الثمن وسعر فائدته مبينين فى عقد البيع ، وكان البائع حين أقام دعواه قصرها على طلب فسخ العقد . . . ومع ذلك فقد استعملت المحكمة (محكمة الموضوع) بدورها حقها ... وأمهلت المشترى للوفاء بما بقى فى ذمته مما هو محدد فى عقد البيع فلم يفعل ، فإن القانون لا يلزم المحكمة (محكمة الموضوع) بأكثر من ذلك ، ولا يسمح لها بإعطاء أكثر من مهلة واحدة . وعلى ذلك فلا محل للنعى على الحكم ، إذ قضى بالفسخ ، بأنه لم يحدد الباقى فى ذمة المشترى » . وانتهت المحكمة العليا إلى سلامة القضاء من محكمة الموضوع بفسخ عقد البيع لفوات المهلة الممنوحة للمشترى ، دون وفائه بباقى فوائد الثمن المستحقة عليه .

من تلقاء نفسه بمجرد فوات هذا الأجل . حتى ولو لم يتضمن الحكم النص على ذلك [١] .

ثانياً : والمظهر الثانى لسلطة القاضى التقديرية فى مجال الفسخ يتركز فى أن للقاضى أن يرفض الفسخ كلية ، برغم توافر كل شروطه التى بيناها . ويكون له ذلك إذا كان مالم يف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزامات التى ولدها العقد عليه فى جملتها . كما إذا كان المشترى قد قعد عن الوفاء بجزء من الثمن ، بعد أن كان قد دفع أغلبه . أو كان العاقد قد وفى بكل الالتزامات الأساسية التى يفرضها العقد عليه ، ولم يتقاعس إلا عن الوفاء بالتزام ثانوى [٢] .

---

(١) راجع فى ذلك ما سبق ذكره فى هامش (٤) ص ٦٢٦ . ويلاحظ أن قانوننا القديم ، تمشياً مع حكم المادة ١٦٥٥ فرنسى ، تضمن فى خصوص البيع نصاً بعدم جواز منح المدين ، فى مجال تجنيبه الفسخ ، نظرة الميسرة لا مرة واحدة (المادة ٣٣٣/٤١٤ و ٤١٥) . وجاءت المادة ٦١٠ من المشروع التمهيدى بحكم مماثل فى خصوص بيع العقار ، قاضية بدورها بأنه إذا لم يدفع المشترى الثمن خلال الأجل الممنوح من القاضى ، « وجب الحكم بفسخ البيع دون إنظار المشترى إلى أجل آخر » . وقد حذف هذا النص اعتباراً بأن حكمه مستفاد من القواعد العامه (راجع مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٤ ص ٤٦٠ فى الهامش) . وبرغم أن المادة ٢/١٥٧ لم تصرح بقصر منح القاضى نظرة الميسرة للمدين على مدة واحدة ، فإن القضاء يسير فى هذا الاتجاه فى شأن البيع وغيره من العقود . ويؤيده فى ذلك الفقه (انظر : السنهورى ، الوسيط ج ١ نبذة ٤٧٥ وج ٤ نبذة ٤٠٩ — جمال الدين زكى ، المرجع السابق نبذة ٢١٦ — عبد المنعم الصده ، المرجع السابق نبذة ٣٧٤) .

ويلاحظ أن منع تكرار نظرة الميسرة مقصور على الحالة التى يرى فيها القاضى إعطاءها للمدين ، بغية إتاحة الفرصة له فى تجنب الفسخ . فلا يوجد ثمة ما يمنع من إعطاء هذه النظرة للمدين فى دعوى الفسخ المرفوعة ضده ، حتى لو كان قد أعطى من قبل مهلة قضائية للوفاء بالتزامه الذى يؤسس الفسخ تأسيساً على التقاعس عن أدائه . فنظرة الميسرة التى تعطى للمدين تمكيناً له من أداء التزامه إعمالا للمادة ٢/٣٤٦ ، لا تحول دون منحه نظرة جديدة بغية تجنيبه دعوى الفسخ التى ترفع عليه فيما بعد تأسيساً على الإخلال بالتزامه نفسه إعمالا للمادة ٢/١٥٧ . انظر : نقض فرنسى ١٩٢٩/١/٨ Gaz. Pal. ١٩٢٩/١/٤٩٧ . وانظر السنهورى ، الوسيط ج ١ طبعه ثانيه ص ٨٠١ هامش (١) .

ويلاحظ أيضاً أنه لا يحول دون إعمال القاضى السلطة المخولة له فى منح المدين أجلا للوفاء بالتزامه ، حتى يتجنب الفسخ ، أن يكون الدائن قد أعذر هذا الأخير بوجوب الوفاء ، والا رفع دعوى الفسخ عليه .

(٢) انظر : نقض ١٩٥٢/٤/١٠ ، مجموعة النقض س ٣ ص ٩١٠ رقم ٣٢ . وتتلخص وقائع الدعوى التى صدر فيها الحكم فى أن شخصاً باع لآخر سيارة وسلمها له ، وظل المشترى ينتفع —

والسلطة التقديرية فى الحكم بالفسخ أو برفضه برغم توافر شروطه : هذه السلطة تثبت لقاضى الموضوع ، بدون معقب عليه فى مباشرتها لمحكمة النقض [١] ، شريطة أن يقوم قضاؤه على أسباب سليمة تسوغه .

ويلاحظ أن المعول عليه هنا ، فى إجراء التناسب بين ما وفى به المدين وما لم يوف به ، هو التزاماته كلها التى يفرضها العقد عليه . وليس فقط واحداً منها بعينه . فقد يتقاعس المدين تقاعساً كاملا عن الوفاء بالتزام ثانوى من التزاماته . ومع ذلك يجوز للقاضى أن يرفض الفسخ ، إذا اتضح له وفاء ذلك المدين بالتزاماته الأساسية أو حتى أغلبها .

ولايقدح فى سلامة هذا النظر أن تكون المادة ١٥٧ / ٢ قد جاءت . بصدد تخويل القاضى رخصة رفض الفسخ ، تقول : « إذا كان مالم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام فى جملته » . فمؤدى حرفية هذه العبارة أن يجرى التناسب بين شطرى الالتزام الواحد ، ما نفذ منه وما لم ينفذ . ومع ذلك فالرأى الذى تخيرناه أولى بالاتباع إعمالا لروح نظام الفسخ من وجه ، وقياساً على المدلول الحرفى لنص المادة ١٥٧ / ٢ من وجه آخر [٢] .

وتحديد ما إذا كان الشىء الذى لم يوف به المدين قليلا بالنسبة إلى التزاماته فى جملتها ، أو غير قليل ، مسألة موضوعية يستقل قاضى الموضوع بتقديرها ، دون ما تعقيب عليه فى ذلك من محكمة النقض . طالما جاء تقديره مستنداً إلى أسباب معتبرة تسوغه .

والسلطة التقديرية المخولة لقاضى الموضوع فى صدد الفسخ . والتى تقوم

بالسيارة زهاء ثلاث سنوات ونصف ، ثم رفع المشترى دعوى الفسخ تأسيساً على أن البائع أخل بالتزامه بنقل رخصة السيارة باسمه . قضت محكمة الموضوع برفض دعوى الفسخ تأسيساً على سببين ، يتحصل أولهما فى أن عدم نقل رخصة السيارة باسم المشترى لم يكن نكولا من البائع بالتزام جوهرى ، ويتحصل ثانيهما فى أن البائع عرض نقل الرخصة للمشترى ، ولكن هذا الأخير لم يشأ أن يتعاون معه فى إنجاز الإجراءات .

(١) انظر : نقض ١٥/١١/١٩٦٦ طعن ١٦٣/٣٢ ق مجموعة النقض س ١٧ ص ١٦٨٨ رقم ٢٣٩ — نقض ٢٥/٣/١٩٦٥ طعن ٣٦٣/٣٠ق مجموعة النقض س ١٦ ص ٤١٣ رقم ٦٥ .

(٢) انظر : نقض ١٠/٤/١٩٥٢ ، مجموعة النقض س ٣ ص ٩١٠ رقم ١٣٢ .

على إمكان إعطاء المدين أجلا للوفاء بالالتزام أو رفض الفسخ . هذه السلطة ليست متعلقة بالنظام العام . ومن ثم يجوز الاتفاق على حرمان القاضي منها ، بشرط أن يظهر بوضوح . ومن غير أدنى شك . أن إرادة المتعاقدين قد انصرفت إليه .

٣٢٠ – ثانياً : الفسخ القانوني أو الاتفاقي :

إذا كان الأصل في الفسخ أنه لا يقع إلا بقضاء القاضي ، إلا أنه يجوز استثناء أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه ، دون حاجة إلى حكم قضائي . أي بقوة القانون . وبمجرد حصول الإخلال بالالتزامات الناشئة عنه . وهذا هو ما يطلق عليه « الفسخ القانوني » ، اعتباراً بأنه يقع بقوة القانون ومن غير تدخل القضاء . كما أنه كثيراً ما يطلق عليه أيضاً « الفسخ الاتفاقي » ، اعتباراً بأنه يحصل نتيجة الاتفاق عليه . ونحن إلى التسمية الأولى أميل . حتى لا يختلط الفسخ الذي نحن بصدده بالتفاسخ أو الإقالة .

وقد عرضت المادة ١٥٨ للفسخ القانوني أو الاتفاقي قاضية بأنه : « يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه . وهذا الاتفاق لا يعفي من الإعذار . إلا إذا اتفق المتعاقدان صراحة على الإعفاء منه » .

فيلزم ، لوقوع الفسخ القانوني أو الاتفاقي ، أن يشترطه العاقدان . بمعنى أن يتفقا على انفساخ العقد بقوة القانون ومن تلقاء نفسه وبغير حاجة إلى حكم القاضي . وذلك بمجرد حصول الإخلال بالالتزام ، شريطة أن تنصرف إرادتاهما إلى تحقيق هذا الأثر على نحو قاطع وبغير شك أو لبس أو غموض . وإذا كان ذلك ، فلا أهمية بعده لأن يرد الشرط في عبارة أو في أخرى . فأية عبارة تصلح لأن تقيم الشرط القاضي بوقوع فسخ العقد من تلقاء نفسه وبقوة القانون ، طالما أنها تدل على حقيقة حكمه ومضمونه على نحو بيّن ينأى عن الشك والغموض [١] . بل إن الاتفاق على ذات الحكم

---

(١) انظر : نقض : ٢٨ أكتوبر ١٩٦٥ ، مجموعة أحكام النقض س ١٦ رقم ١٤٩ ص ٩٤٣ – نقض ١٩٤٨/١٢/٢٣ ، مجموعة عمر ج ٥ رقم ٣٥٦ ص ٦٨٨ .

الذى من شأن هذا الشرط أن يرتبه يكفى لاعتبار أن العقد يتضمنه . ولو لم يذكر هو بذات الفاظه [١] .

وقد جرى العمل ، وعلى الأخص فى أحكام القضاء . وعلى رأسه محكمة النقض ، على أن يطلق على الشرط الذى نحن بصدده « الشرط الفاسخ الصريح » ، ليتقابل مع « الشرط الفاسخ الضمنى » . الذى يشيع بدوره ذكره فى أحكام المحاكم كأساس للفسخ القضائى ، وهو قول بات غير سديد كما سبق لنا أن رأينا .

واستظهار وجود الشرط الفاسخ الصريح مناط بقاضى الموضوع . من غير معقب عليه فى ذلك من محكمة النقض . طالما يجىء قضاؤه مؤسساً على أسباب سائغة من شأنها أن تقيمه [٢] . إذ أن الأمر يتعلق بالواقع . ويستبين من استقراء الأحكام أن القضاء يتشدد غاية التشدد فى القول بوجود الشرط الفاسخ الصريح [٣] . وهو اتجاه منه سديد ، لما يتسم به هذا الشرط من

---

(١) انظر نقض ٢٨ اكتوبر ١٩٦٥ السابقة الإشارة إليه . وقد جاء فى هذا الحكم : « لا يشترط القانون ألفاظاً معينة للشرط الفاسخ الصريح . وعلى ذلك فإن النص فى الاتفاق على ترتيب آثار الفسخ بغير حاجة إلى تنبيه أو إنذار بمجرد حصول المخالفة لشروط العقد يقوم مقام النص على الفسخ بلفظه (فى خصوصية الدعوى التى صدر فيها الحكم لم يرد فى العقد الشرط الفاسخ الصريح بلفظه ، ولكن محكمة الموضوع استخلصت تواجده من اتفاق الطرفين فى عقد بيع على التزام المشترى برد ما أخذه من الثمن بمجرد الإخلال بتسليم المبيع وبدون حاجة إلى تنبيه أو إنذار ، اعتباراً بأن ذلك الأثر لا يترتب إلا على اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه . وأقرت المحكمة العليا محكمة الموضوع على ما ذهبت إليه) . وانظر أيضاً : نقض ١٩٤٨/١٢/٢٣ السابقة الإشارة إليه — نقض ١٩٧٦/٢/٢٦ طعن ٣٧٠/٤١ق مجموعة النقض س ٢٧ ص ٥١٥ .

(٢) انظر : نقض ١٩٧٦/٢/٢٦ السابقة الإشارة إليه . وقد جاء فى هذا الحكم أنه « وإذ كان القانون لا يشترط ألفاظاً معينة للشرط الفاسخ الصريح ، وكان الحكم المطعون فيه قد استخلص هذا المعنى بقوله . . . . وهو استخلاص موضوعى سائغ تحتمله عبارة العقد وتؤدى إليه ، فإنه لا سبيل لمحكمة النقض على محكمة الموضوع فى هذا التفسير الذى لا مخالفة فيه للقانون » .

(٣) انظر فى هذا الاتجاه : نقض ١٩٥٠/٣/٢٣ مجموعة أحكام النقض س ١ ص ٣٧٣ رقم ٩٤ . وقد جاء فى هذا الحكم أن النص فى عقد البيع على أنه « فى حالة تأخير سداد القسط الأول يحق للبائع فسخ العقد ويكون ما دفعه المشترى حقاً مكتسباً له — ذلك ليس إلا ترديداً للشرط الفاسخ الضمنى المقرر بحكم القانون فى القصور الملزمة لجانبين » .

خطورة بالغة بالنسبة إلى أثره فى إزالة العقد بقوة القانون وبمجرد الإخلال بالالتزام وفى رفع السلطة التقديرية عن قاضى الموضوع .

ويجب دوماً تفسير الشرط الفاسخ الصريح ، عند القول بوجوده والاعتداد به ، تفسيراً ضيقاً . لأنه يتمثل استثناء من الأصل العام ، الذى مؤداه خضوع الفسخ لسلطة قاضى الموضوع التقديرية . والاستثناء لا يتوسع فى تفسيره . ومن هذا المنطلق ، فإن العقد لا يعتبر مفسوخاً بقوة القانون ، إلا إذا ظهر للقاضى على نحو يقينى قاطع أن المتعاقدين قد أرادا بالفعل منع سلطته التقديرية التى يخوله إياها القانون .

وإذا قام الشرط الفاسخ الصريح على النحو الذى يتطلبه القانون ، فإنه

= وانظر نقض ١٩٥٠/١/١٢ ، مجموعة النقض س ١ ص ١٧٧ رقم ٥١ . وقد جاء فى هذا الحكم أن الاتفاق على اعتبار عقد الصلح لاغياً إذا أخلت المشترية بشروطه لا يعتبر شرطاً فاسخاً صريحاً ، ولا يعدو أن يكون ترديداً للشرط الفاسخ الضمنى المقرر بحكم القانون فى العقود الملزمة للجانبين .

وانظر نقض ١٩٧٣/١/٩ طعن ٣٧/٤٩١ ق مجموعة النقض س ٢٤ ص ٤٩ رقم ١٠ . وقد جاء فى هذا الحكم أن النص فى عقد البيع على أنه « إذا لم يدفع باقى الثمن فى المدة المحددة يعتبر العقد لاغياً » يعتبر مجرد ترديد للشرط الفاسخ الضمنى ولا يعتبر شرطاً فاسخاً صريحاً ، وانه إذا كان ذلك وكانت محكمة الموضوع قد رأت ، فى حدود سلطتها التقديرية ، الا تقضى بالفسخ استناداً إلى الشرط الفاسخ الضمنى الوارد بالعقد ، لما تبينته من أن الباقى من الثمن قليل الأهمية بالنسبة إلى الالتزام فى جملته ، فإنها لا تكون قد خالفت القانون .

وانظر كذلك فى نفس الاتجاه : نقض ١٩٦٧/٤/٢٠ مجموعة النقض س ١٨ ص ٨٥٩ رقم ١٣١ . وقد جاء فى هذا الحكم أنه « يلزم فى الشرط الفاسخ الصريح الذى يسلب المحكمة كل سلطة فى تقدير أسباب الفسخ أن تكون صيغته قاطعة فى الدلالة على وقوع الفسخ حتما ومن تلقاء نفسه بمجرد حصول المخالفة الموجبة له » . وخلص الحكم ، تطبيقاً للمبدأ السابق الذى قرره ، إلى أن « النص فى عقد الصلح على أنه إذا تأخر المدين عن الوفاء بقسط من أقساط الدين ، حلت باقى الأقساط فوراً دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار ... فضلا عن اعتبار الصلح كأن لم يكن واستعادة الدائن حقه فى التنفيذ بالدين المحكوم به بأكمله ، هذا النص لا يفيد اتفاق الطرفين على اعتبار الصلح مفسوخاً من تلقاء نفسه فى حالة التأخر فى دفع أحد الأقساط ، وإنما كل ما يفيده هو سقوط أجل الوفاء بالأقساط ... عند التأخر فى دفع قسط منها . أما النص على اعتبار الصلح كأن لم يكن فى هذه الحالة فليس إلا ترديد للشرط الفاسخ الضمنى المقرر بحكم القانون فى العقود الملزمة للجانبين » .

يلزم لإعماله ، ولاعتبار الفسخ بالتالى أنه قد وقع بقوة القانون ، إلى جانب الشروط العامة فى الفسخ والتى سبق لنا بيانها [١] ، أن يثبت الإخلال بالالتزام على وجه رسمى ، أى أن يكون الدائن قد أعذر مدينه ، بعد حلول أجل دينه ، بوجوب الوفاء ، وبرغم ذلك قعد هذا الأخير عن الوفاء به ، من غير أن يكون له سند من القانون يخوله الامتناع عن هذا الوفاء [٢] . وهكذا فالاتفاق على اعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه وبقوة القانون بمجرد الإخلال بالالتزام لا يغنى عن الإعذار .

وهكذا فليس من شأن الشرط الفاسخ الصريح — عند وجوده والاعتداد به قانوناً — أن يؤدى إلى فسخ العقد من تلقاء نفسه وبقوة القانون بمجرد أن يحل أجل الالتزام ويتقاعس المدين عن الوفاء به ، بل يلزم أن يكون المدين قد أعذر من الدائن بوجوب هذا الوفاء ، واستمر تقاعسه عن أدائه إلى ما بعد اعذاره بوقت معقول ، يخضع تقديره لقاضى الموضوع [٣] .

بيد أن الإعذار ليس لازماً دائماً هنا . إذ أنه يجوز للمتعاقدين أن يتفقا حتى على الإعفاء منه . فإن فعلا ، اعتبر العقد مفسوخاً بقوة القانون ، أى من تلقاء نفسه ، ودون حاجة إلى أن يصدر به حكم من القضاء ، وذلك بمجرد ثبوت عدم الوفاء بالالتزام فى ميعاده ، ومن غير ضرورة إلى سبق إعذار المدين بوجوب الوفاء بالتزامه . على أنه يلزم هنا ، وفقاً لما جاء فى المادة ١٥٨ ، أن يكون الاتفاق الذى يقضى بالإعفاء من الإعذار صريحاً قاطعاً فى الدلالة على مقصوده ، بغير شك أو غموض . فلا يكفى أن يستخلص هذا الاتفاق دلالة من الظروف . وإذا قام شك فى تفسير الشرط الذى يستهدفه ، وجب

---

(١) راجع ما سبق ، نبذة ٣١٦ .

(٢) انظر نقض مصرى ١٩٦٧/١/١٩ ، مجموعة النقض س ١٨ ص ١٤٣ السابقة الإشارة إليه . وقد رفض هذا الحكم إعمال الشرط الفاسخ الصريح فى عقد بيع ، تأسيساً على أن المشترى ، وإن لم يدفع قسط الثمن فى ميعاده ، إلا أنه كان يحق له ذلك إعمالا لحق فى الحبس .

(٣) على أن الأعذار لا يكون ضرورياً هنا فى الحالات التى يقضى فيها القانون بعدم لزومه لثبوت التقصير على المدين بوجه عام (تراجع المادة ٢٢٠) ، كما إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجد بفعل المدين ، أو صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه .

تفسير هذا الشك على النحو الذى يقضى بعدم حصول الاتفاق على الإعفاء من الإعذار .

وإذا كان من شأن الشرط الفاسخ الصريح — عند إعماله والاعتداد به — أن ينفسخ العقد من تلقاء نفسه وبقوة القانون ومن غير حاجة إلى حكم القاضى وذلك عند إخلال المدين بالتزامه بعد إعذاره — بل ومن غير حاجة إلى هذا الاعذار عند الاتفاق على الإعفاء منه — ، فإن هذا لا يعنى ، بطبيعة الحال ، أن ترتفع رقابة القضاء بالكلية . فالشرط الأساسى لوقوع الفسخ ، هنا أيضاً ، هو حصول إخلال المدين بالالتزام بعد إعذاره . والقضاء هو السلطة الوحيدة التى تقدر ما إذا كان هذا الإخلال قد وقع أم لا ، بعد أن يكون قد تحقق أولا من تواجد الشرط الفاسخ الصريح على النحو الذى يقضى به القانون [١] . وعلى ذلك ، فإن ثار خلاف حول ما إذا كان المدين قد أخل بالتزامه بعد إعذاره أم أنه لم يفعل ، وجب رفع الأمر للقاضى . وليس للقاضى هنا إلا سلطة التثبت من وجود الشرط الفاسخ الصريح على النحو الذى يقضى به القانون ، ومن حصول إخلال المدين بالتزامه بعد إعذاره . فإذا تحقق له هذا الأمر وذاك ، تعين عليه وجوباً أن يقضى باعتبار العقد مفسوخاً [٢] ، وذلك من تاريخ حصول الإخلال بالالتزام [٣] ، ولو

(١) انظر نقض ٢٦/١١/١٩٧٠ ، مجموعة النقض س ٢١ ص ١١٨١ رقم ١٩٣ . وقد جاء فى هذا الحكم : « لئن كان الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه ، دون حاجة إلى تنبيه أو إنذار عند الإخلال بالالتزامات الناشئة عنه من شأنه ن يسلب القاضى كل سلطة تقديرية فى صدد الفسخ ، إلا أن ذلك منوط بتحقيق المحكمة من توافر شرط الفسخ الاتفاقى ووجوب إعماله ، ذلك لأن للقاضى الرقابة التامة للتثبت من انطباق الشرط على عبارة العقد ، كما أن له عند التحقق من قيامه مراقبة الظروف الخارجية التى تحول دون إعماله ، فإن تبين له أن الدائن قد أسقط خياره فى طلب الفسخ بقبوله الوفاء بطريقة تتعارض مع إرادة فسخ العقد ، أو كان الدائن هو الذى تسبب بخطئه فى عدم تنفيذ المدين لالتزامه ، أو كان امتناع المدين عن الوفاء مشروعاً بناء على الدفع بعدم التنفيذ فى حالة توافر شروطه ، تجاوز عن شرط الفسخ الاتفاقى ، فلا يبقى للدائن سوى التمسك بالفسخ القضائى . . . » .

(٢) انظر : نقض ١٨/١٠/١٩٦٦ طعن ٣٧/٣٢ ق مجموعة النقض س ١٧ ص ١٥٢٦ رقم ٢١٤ . وقد جاء فى هذا الحكم أنه « إذا اتفق الطرفان فى عقد البيع على أن الفسخ يقع فى حالة تأخر المشترى عن دفع الثمن فى الميعاد المتفق عليه بدون حاجة إلى تنبيه رسمى أو إنذار ، فإن هذا =

كان هذا الإخلال جزئياً [1] . فى الحالة التى نحن بصددها ، لا يفعل القاضى أكثر من تقدير أمر واقع ، حدث من قبل . فهو هنا يقرر أن الفسخ قد وقع ، دون أن ينشأه . وفى هذا يتخالف دور القاضى مع دوره فى خصوص الفسخ القضائى ، حيث إنه ، بالنسبة إلى هذا النوع الأخير من الفسخ ، ينشىء القاضى ، بالحكم الذى يصدره ، الفسخ ، ومن تاريخ صدوره حكمه [2] .

وغنى عن البيان أن إفادة الدائن من الشرط الفاسخ الصريح ، عند وجوده ، لا يعدو أن يكون مجرد أمر يترخص له بمقتضى القانون . فلا يوجد

= الشرط الفاسخ الصريح –على ما جرى به قضاء محكمة النقض– يسلب محكمة الموضوع كل سلطة تقديرية فى هذا الصدد ، بحيث لا يبقى لاعتبار العقد مفسوخاً إلا أن تتحقق فعلا من المخالفة التى يترتب عليها الفسخ . فلا يلزم أن يصدر بالفسخ حكم مستقل بناء على دعوى من البائع ، بل يجوز للمحكمة أن تقرر أن الفسخ قد حصل بالفعل بناء على دفع من البائع أثناء نظر الدعوى المرفوعة من المشترى . وذلك على خلاف ما إذا كان العقد لا يتضمن إلا شرطاً فاسخاً ضمنياً . فهذا الشرط لا يستوجب الفسخ حتماً ، وبالتالى فإن الفسخ بموجبه لا يقع تلقائياً » : انظر فى نفس الاتجاه : نقض ١٢/١/١٩٤٠ ، مجموعة عمر س١ص٥٤٠ رقم ١٩٢ . وانظر أيضاً نقض ١١/١/١٩٧٧ طعن ٥٧٩/٤٣ق مجموعة النقض س ٢٨ ص ٢١٧ رقم ٤٩ .

(٣) فإعمال الشرط الفاسخ الصريح ، إن أدى إلى فسخ العقد بقوة القانون ، فهو يؤدى إلى ذلك من ذات الوقت الذى يحدث فيه الإخلال بالالتزام . وتظهر أهمية هذا الحكم على وجه الخصوص فى العقود المستمرة ، اعتباراً بأن الفسخ فيها لا يكون بأثر رجعى ، فهو يكون بالنسبة إلى المستقبل فقط . وهكذا فانفساخ الإيجار ، مثلا ، إعمالا للشرط الفاسخ الصريح ، كفسخه بحكم القاضى ، لا يؤدى إلى انحلاله إلا بالنسبة المستقبل . وعلى ذلك فما يستحق للمؤجر فى مقابل منفعة العين المؤجرة يتمثل فى الأجرة المتفق عليها عن المدة السابقة لإعمال الشرط الفاسخ ، ولكنه يتحدد بالقيمة السوقية للمنفعة عن المدة اللاحقة لذلك ، تأسيساً على الإثراء بدون سبب . انظر فى ذلك : نقض ١١/١/١٩٧٧ السابقة الإشارة إليه.

(١) على أنه إذا كان الإخلال الجزئى بالإلتزام بالغ فى بساطته ، بحيث يتمثل التمسك بفسخ العقد نتيجة له تنافياً مع شرف التعامل وحسن النية أو إساءة لاستعمال الحق ، فإن العقد لا ينفسخ ، إعمالا للمادة ١٤٨ والمادة ٥ .

(٢) انظر : نقض ٣/٧/١٩٦٩ طعن ٣٦٦/٣٥ق مجموعة النقض س ٢٠ ص ١١١٨ رقم ١٧٢ . وقد جاء فى هذا الحكم أنه « إذا كان قضاء المحكمة بالفسخ قد صدر إعمالا لحكم المادة ١٥٧ من القانون المدنى ، لا استناداً إلى وجود شرط فاسخ صريح فى العقد ، فإن هذا القضاء يكون منشئاً للفسخ لا مقرراً له » .

بالتالى ثمة ما يمنع الدائن من أن ينزل عن الإفادة من ذلك الشرط ، والتمسك نتيجة ذلك باعتبار العقـــد قائماً لم ينحل[1] . والنزول عن الإفادة من الشرط الفاسخ كما يحصل صريحاً ، يستدل عليه ضمناً من ظروف الحال ، كما إذا استوفى الدائن حقه ولو جزئياً بعد سبق حصول الاخلال به من المدين .

ثم إن الدائن الذى يحصل الإخلال بالالتزام اضراراً به هو وحده الذى يحق له التمسك بإعمال الشرط الفاسخ ، واعتبار العقد بالتالى مفسوخاً بقوة القانون . فليس للمدين أن يتمسك به . وليس للقاضى أن يعمله من تلقاء نفسه .

٣٢١ — النزول عن التمسك بالشرط الفاسخ الصريح :

رأينا ، فيما سبق ، أن الفسخ القانونى أو الاتفاق ، كما يغلب أن يسمى ، والذى مؤداه أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه وبقوة القانون وبغير حاجة إلى حكم القاضى ، بمجرد الإخلال بالالتزام بعد الإعذار ؛ رأينا أن هذا النوع من الفسخ لا يقع إلا عند الاتفاق عليه على نحو يقينى قاطع ، وهو الاتفاق الذى جرت العادة على تسميته بالشرط الفاسخ الصريح .

كما أننا رأينا أن الشرط الفاسخ الصريح لا يتجاوز فى أثره أن يمنح الدائن مجرد رخصة فى أن يتمسك بإهدار العقد إذا ما أراده ، دون أن يسلبه حقه الأصيل فى التمسك بالعقد ، إذا رآه لنفسه أفضل .

والشرط الفاسخ الصريح وما يرتبه من اعتبار الفسخ حاصلا بقوة القانون ، بمجرد الإخلال من المدين بالتزامه ، باعتبار أنه يخول الدائن الرخصة فى إهدار العقد ، يمكن له أن يرد النزول عنه ممن يقرر له القانون الإفادة منه . وهكذا فالنزول من الدائن عن الشرط الفاسخ الصريح الذى يتضمنه عقده يحرمه من الإفادة من أثره ، وسواء فى ذلك أن يأتى هذا النزول صراحة ، أم يستدل عليه ضمناً من ظروف الحال ، ومع ملاحظة أن النزول عن الحق لا يفترض ولا يتوسع فى تفسير ما يؤدى إليه .

---

(١) راجع فى ذلك : عبد الحى حجازى ، مدى خيار الدائن بين التنفيذ والفسخ ، مجلة العلوم القانونية والإقتصادية س ١ — وانظر أيضاً : السنهورى ، الوسيط ج ١ نبذة ٤٨٣ .

ولا صعوبة فى النزول عن الإفادة من الشرط الفاسخ الصريح ، إذا جاء هذا النزول بدوره صريحاً . ولكن الصعوبة قد تثور فى شأن النزول الضمنى عن ذاك الشرط ، بالنسبة إلى استخلاص تواجده من عدمه . وهى من بعد صعوبة تتعلق بالواقع ، والأمر فيها مناط بقاضى الموضوع ، دون ما تعقيب عليه فى ذلك من محكمة النقض ، طالما يجىء قضاؤه مبنياً على أسباب معتبرة تسوغه . وكل ما يفرضه القانون على قاضى الموضوع فى هذا الخصوص هو ألا يقول بالنزول عن الشرط ، إلا إذا ثبت له تواجده على نحو يقينى قاطع ، وأنه عند الشك يتحتم عليه القضاء بعدم وجوده . وما ذلك إلا إعمالا للقاعدة الأساسية التى تقضى بأن النزول عن الحق لا يفترض ولا يتوسع فى تفسير ما من شأنه أن يؤدى إليه .

وثمة أمر أول لا صعوبة فيه بالنسبة إلى النزول الضمنى عن الشرط الفاسخ الصريح . وقد وصل القضاء إليه فى سهولة ويسر . ومؤدى هذا الأمر أن مطالبة الدائن مدينه بالوفاء بالتزامه ، بل وإعذاره بوجوب هذا الوفاء ، لا يعتبر بمجرده وذاته نزولا عن الشرط الفاسخ الصريح ، حتى لو خلت المطالبة من ذكر الدائن أنه ينوى التمسك بالشرط عند عدم الاستجابة إليها . ذلك لأن مطالبة الدائن مدينه بالوفاء عند حلول الأجل ، بل ضرورة مجيئها فى شكل الإعذار ، تتمثل بذاتها أمراً لازماً لإعمال الشرط الفاسخ ، لا يقع بدونها[1] . وأكثر مما سبق ، ذهبت محكمة النقض فى أحد أحكامها إلى أن رفع الدعوى بالالتزام لا يعتبر بذاته نزولا عن التمسك بالشرط الفاسخ نتيجة الاخلال به هو نفسه[2] . وهو قول محل للنظر ، ويصعب تبريره فى الحقيقة[3] . وذهبت

---

(١) انظر فى هذا الاتجاه : السنهورى الوسيط ج ١ بند ٤٨٣ . وانظر أيضاً : نقض مدنى ١٩٤٨/١٢/٢٣ ، مجموعة عمر ج ٥ رقم ٦٥٣ ص ٦٨٨ — استئناف القاهرة ١٢/٢/ ١٩٢٨ ، المجموعة الرسمية س ٢٩ رقم ١٢٦—١ .

(٢) انظر نقض ١٩٤٥/١/١٨ ، صادر فى الطعن رقم ١٤/٥٢ ق ، القواعد القانونية لمحكمة النقض فى ٢٥ سنة ج ٢ ص ٧٥٣ بند ١٣٠ . وقد جاء فى هذا الحكم ما يلى : « إذا كان العقد مشروطاً فيه أنه إذا خالف المستأجر أى شرط من شروطه ، فللمؤجر اعتبار العقد مفسوخاً بمجرد حصول هذه المخالفة بدون حاجة إلى تنبيه رسمى أو تكليف بالوفاء وله الحق فى تسلمه العين المؤجرة بحكم يصدر من قاضى الأمور المستعجلة ، فهذا شرط فاسخ صريح يسلب —

محكمتنا العليا إلى أن المطالبة القضائية بالأجرة عن مدة معلومة لا يتمثل تنازلاً ضمنياً عن الشرط الفاسخ الصريح فى صدد عدم الوفاء بالأجرة عن مدة أخرى (١) . وهو قضاء سليم نرى الأخذ به ، ما لم تتكرر المطالبة القضائية بالأجرة مرات كثيرة على نحو يمكن للقاضى أن يستخلص منه قصد المؤجر فى التنازل عن الشرط . وما قلناه فى شأن المطالبة بالأجرة فى عقد الإيجار يمكن أن يؤخذ به فى العقود الأخرى إذا ما تماثلت الظروف ، وعلى الأخص

= القاضى كل سلطة تقديرية فى صدد الفسخ ، ولا يبقى له ، لاعتبار الفسخ حاصلا، إلا أن يتحقق من حصول المخالفة التى يترتب عليها . . والقول بأن نية المؤجر قد انصرفت عن الفسخ باقتصاره على طلب الأجرة فى دعوى سابقة هو قول مردود . لأن التنازل الضمنى عن الحق لا يثبت بطريق الاستنتاج إلا من أفعال لا يشك فى أنها قصد بها التنازل عنه ، وليس فى المطالبة بالأجرة ما يدل على ذلك ، إذ لا تعارض بين التمسك بحق الفسخ والمطالبة بالأجرة التى يترتب الفسخ على التأخير فى دفعها » . وانظر فى نفس الاتجاه : نقض ١٩٧٧/١/١١ مجموعة النقض س ٢٨ ص ٢١٧ رقم ٤٩ . وقد قضى هذا الحكم بأن استصدار المؤجر أمر أداء بالأجرة ضد المستأجر عن الفترة اللاحقة لاعتبار العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه بتحقق الشرط الفاسخ الصريح لا يفيد التنازل عن الفسخ .

(٣) وقضاء النقض المشار اليه فى الهامش السابق سليم تماماً من حيث إرساء الأساس الذى يقوم عليه النزول الضمنى عن الشرط الفاسخ ، ومؤداه أن التنازل الضمنى لا يثبت بطريق الاستنتاج إلا من أفعال لا يشك فى أنه قصد بها أن يكون . ولكن تطبيق هذا الأساس فى خصوصية الدعوى التى صدر فيها الحكم جاء غير سديد . ذلك لأن رفع الدعوى بالالتزام يقتضى بالضرورة التسليم من رافعها بقيام العقد ، حتى يمكن له أن يرتب الالتزام الذى رفعت الدعوى به . وبهذا يتمثل رفع الدعوى تنازلا ضمنياً عن التمسك بالشرط الفاسخ الصريح بالنسبة إلى ذات الالتزام الذى ترفع الدعوى بالمطالبة به . فبخلاف ما جاء فى حكم النقض ، يوجد تعارض واضح بين التمسك بحصول الفسخ بقوة القانون وبين المطالبة القضائية بالالتزام الذى يراد للفسخ أن يقع نتيجة الإخلال به .

(١) انظر نقض ٣ مارس ١٩٧٣ مجموعة النقض س ٢١ قاعدة رقم ٦٣ ص ٣٨٩ . وقد جاء فى هذا الحكم : « إذا كان مؤدى ما أورده الحكم المطعون فيه هو أن عدم تمسك المؤجرة باعتبار العقد مفسوخاً طبقاً للشرط الفاسخ صريح فى سنة معينة لا يمنع من التمسك به فى سنة تالية ، وأن قبولها الأجرة متأخرة عن موعد استحقاقها مرة . . . ليس من شأنه أن يعد تنازلا من جانبها عن التمسك بالشرط السالف الذكر إذا ما تأخر المستأجر فى السداد بعد ذلك ، فإن هذا الحكم يعد استخلاصاً سائغاً يؤدى إلى ما انتهى إليه ، ويكون النعى عليه بالفساد فى الاستدلال فى هذا الخصوص على غير أساس » .

فى صدد عقد البيع عند المطالبة القضائية ببعض أقساطه ، حيث لا تعتبر هذه المطالبة ، على سبيل اللزوم والحتم ، تنازلا ضمنياً عن الشرط الفاسخ بالنسبة إلى الأقساط الأخرى .

٣٢٢ — أثر الفسخ :

حددنا فيما سبق ، مجال الفسخ ، وبينا شروطه ، وأبرزنا كيفية حصوله . والفرض الآن أن فسخ العقد قد وقع بالفعل ، إما بحكم القاضى . كما هو الأصل ، وإما بقوة القانون ، نتيجة الاتفاق بين طرفى العقد على اعتباره مفسوخاً من تلقاء نفسه ، وبغير حاجة إلى حكم القاضى . بمجرد الإخلال بالالتزامات الناشئة عنه . والمطلوب الآن هو بيان أثر الفسخ عند حصوله .

ويتركز أثر الفسخ فى انحلال العقد ، أى فى زواله . والأصل أن العقد هنا يزول ، لا للمستقبل فحسب ، بل للماضى أيضاً . وهكذا يعتبر العقد الذى يتقرر فسخه كأن لم يكن أبداً . على أن هذا الأصل ليس مطلقاً . إذ أنه يردعليه الاستثناء فى خصوص العقود الزمنية أو المستمرة ، وفى خصوص ما تقتضيه الحماية التى يضفيها القانون على الغير حسنى النية . على نحو ما سوف نعرض له بعد قليل .

فللفسخ ، كأصل عام ، أثر رجعى يرتد إلى تاريخ إبرام العقد . وهو فى هذا يتشابه مع الإبطال ، وإن كان الشبه ليس تاماً . حيث إن الفسخ ، بخلاف الإبطال ، لا يكون له أثر رجعى فى العقود المستمرة ، على نحو ما سوف نذكره بعد قليل [١] .

وإذا كان مؤدى الفسخ انحلال العقد بأثر رجعى واعتبار أنه لم يقم أصلا ، وجب إعادة العاقدين إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد . فإذا لم يكن ذلك متيسراً ، وجب الحكم بأداء معادل . وفى ذلك تقضى المادة ١٦٠ بأنه : « إذا فسخ العقد » أعيد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد ، فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض » .

فإذا فسخ البيع ، مثلا ، وكان المشترى قد تسلم المبيع ، والبائع قد استوفى جزءاً من الثمن ، وجب على المشترى رد المبيع ، كما لزم البائع

(١) راجع ما سيجىء ، نبذة ٣١٢ .

رد ما أخذه من الثمن [١] . فإذا تعذر على أحد العاقدين بفعله رد ما سبق له أن استوفاه من غريمه ، كما إذا كان المشترى قد تصرف فى المبيع أو استهلكه ، ساغ للقاضى أن يحكم عليه بأداء معادل لما تصرف فيه أو استهلكه .

٣٢٣ — أثر الفسخ فى العقود المستمرة :

إذا كان الأصل فى الفسخ أنه يزيل العقد بأثر رجعى ، شأنه فى ذلك شأن البطلان ، إلا أنه يرد عليه ، فى هذا المجال ، استثناء هام بالنسبة إلى العقود المستمرة أو الزمنية أو عقود المدة كما يطلق عليها فى بعض الأحيان ، وهى تلك التى من شأنها أن تستمر فترة من الزمن فى إنتاج التزامات متجددة ، كعقد الإيجار [٢] وعقد العمل وعقد التوريد وعقد الشركة [٣] . فى هذا النوع من العقود ، لا يكون للفسخ أثر إلا بالنسبة للمستقبل ، ولا يمس ما

---

(١) انظر : نقض ١٩٧٦/١٠/١٩ ، طعن ٤٥٨ / ٤٠ ق مجموعة النقض س ٢٧ ص ١٤٦٧ رقم ٢٧٨ . وقد جاء فى هذا الحكم أن « مفاد نص المادة ١٦٠ مدنى أن الفسخ يترتب عليه انحلال العقد بأثر رجعى منذ نشوئه ، ويعتبر كأن لم يكن ، ويعاد كل شىء إلى ما كان عليه من قبل . وبالتالى فإنه يترتب على القضاء بفسخ عقد البيع أن تعود العين المبيعة إلى البائع ، وأن يرد هذا الأخير ما قبضه من الثمن » .

وانظر نقض ١٩٧٤/١٢/٣ طعن ٣٩/٢٠٥ ق مجموعة النقض س ٢٥ ص ١٣١٥ رقم ٢٢٥ . وقد جاء فى هذا الحكم أن فسخ البيع بعد اخلال البائع بتسليم البضاعة يترتب عليه التزامه برد ما قبضه من الثمن ، دون أن يقتطع منه ما انفقه لاعداد البضاعة للتصدير .

(٢) وهكذا ففسخ الإيجار ، مثلا ، لا يزيله إلا للمستقبل . أما بالنسبة إلى ما تم من آثاره فى الماضى ، فهى لا تمس . فالأجرة التى استحقها المؤجر عن المدة السابقة ، تبقى له . وهى تبقى له على أساس أنها أجرة ، لا على أساس أنها تعويض . ويترتب ذلك أنها تبقى مضمونة بامتياز مؤجر العقار .

(٣) انظر فى خصوص فسخ عقد الشركة : نقض ١٩٦٩/٦/١٢ طعن ٢٨٧ / ٣٥ ق مجموعة النقض س ٢٠ ص ٩٢٩ رقم ١٤٨ . وقد جاء فى هذا الحكم انه « إذا حكم القاضى بفسخ عقد الشركة ، فإن هذا الفسخ خلافاً للقواعد العامة فى الفسخ لا يكون له أثر رجعى ، إنما تنحل الشركة بالنسبة إلى المستقبل . أما قيامها وإعمالها فى الماضى فإنها لا تتأثر بالحل ، وبالتالى فلا محل لتطبيق القاعدة العامة الواردة فى المادة ١٦٠ من القانون المدنى ، والتى توجب إعادة المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد فى حالة فسخه ، مما يقتضى أن يرد كل منهما ما تسلمه من الآخر تنفيذاً للعقد ، وإنما يستتبع فسخ عقد الشركة وحلها تصفية أموالها وقسمتها بالطريقة المبينة فى العقد . . » .

تم من آثاره فى الماضى [1] . ويطلق على فسخ العقد هنا اصطلاح « إلغاء العقد résiliation » ، تمييزاً له عن الفسخ العادى ، أى ذاك الذى يزيل العقد للماضى والمستقبل على حد سواء [2] و [3] .

٣١٤ — جواز الحكم بالتعويض مع الفسخ :_

رأينا أن الفسخ يتمثل جزاء قوياً على إخلال العاقد بالتزامه . يجعل القانون زمامه بيد العاقد الآخر الذى يحصل الاخلال بالالتزام إضراراً به . وإن كان ذلك تحت هيمنة القاضى وتقديره ، فى الحدود التى رسمناها .

ومن شأن الفسخ ، كما رأينا ، أن يعتبر العقد كأن لم يكن فى العقود الفورية ، وأنه ينهى العقد للمستقبل بالنسبة للعقود المستمرة . فإن كان فى إنتاج الفسخ أثره هذا ما يكفى العاقد الذى حصل الإخلال بحقه ، قنع به . فان لم يكن فيه ما يكفيه ، بأن لم يرفع عنه كل الضرر الذى لحقه من جراء الإخلال بحقه ، كان له ، إلى جانب الفسخ ، أن يطلب من القاضى الحكم له

(١) انظر نقض ١٩٧٩/٢/٧ مجموعة النقض س ٣٠ ص ٤٩١ رقم ٩٥ . وقد جاء فى هذا الحكم أن العقود المستمرة كالإيجار لايكون لفسخها أثر رجعى . فهى تعتبر مفسوخة من وقت الحكم النهائى بالفسخ ، لا قبله .

(٢) وقصر أثر الفسخ فى العقود المستمرة على المستقبل دون الماضى له ما يبرره . فللزمن ، فى صدد هذا النوع من العقود ، أهمية فى تحديد مدى ما يؤدى من الالتزامات الناشئة عنها . فإذا استمر العقد فترة من الزمن ثم قضى بفسخه ، فإن ذلك لا يمنع من أن العقد أنتج بالفعل آثاراً فى الماضى تتعذر إزالتها ، ويكون من المصلحة الإبقاء عليها . وإذا كان الفسخ هنا يختلف عن الإبطال ، فلهذا الاختلاف ما يسوغه . إذ الإبطال يقوم على خلل وقع فى ذات تكوين العقد ، ومؤداه أن العقد لم يبرم أصلا . أما الفسخ فمؤداه أن العقد قام صحيحاً وأنتج بالفعل آثاره . فان تقرر بعد ذلك فسخه كجزاء للإخلال بالالتزامات الناشئة عنه ، فمن المقدور عليه أن يقصر أثره على البعض من مدة سريانه ، دون البعض الآخر .

(٣) ويلاحظ أن عدم سريان أثر الفسخ فى العقود المستمرة على الماضى يتقيد بالحكمة التى أدت إليه والتى أشرنا إليها فى الهامش السابق ، وهى تعذر ازالة ما تم من أثر العقد فى الماضى . أما إذا أمكن إزالة أثر العقد المستمر ، فإن القاعدة العامة فى رجعية أثر الفسخ تنطبق . وقد أخذت محكمة النقض بهذه الفكرة فى فسخ إيجار عين اتخذت مكاناً لمباشرة التجارة ، ثم باع المستأجر المحل التجارى بالجدك ، وبعد ذلك قضى بالفسخ ، فلم تجعل لهذا البيع أثراً فى مواجهة المؤجر (نقض ١٩٧٩/٢/٧ مجموعة النقض س ٣٠ ص ٤٩١ وقد سبقت الإشارة إليه) .

بتعويض يتناسب فى مقداره مع الضرر الذى انتابه . وهكذا فالفسخ لا يجزىء عن التعويض عند لزومه . وفى ذلك تقضى المادة ١/١٥٧ بأنه عند اخلال أحد المتعاقدين بالالتزام الذى يولده عليه العقد ، فانه يجوز للمتعاقد الآخر بعد إعذاره أن يطالبه « بتنفيذ العقد أو بفسخه مع التعويض فى الحالتين إن كان له مقتض » .

٣٢٥ — التخالف مع الأحكام العامة فى الفسخ :

بينا فيما سبق القواعد التى تحكم نظام الفسخ بالنسبة إلى مجال إعماله وأساسه وشروطه وكيفية إيقاعه بحكم القاضى ، أى بمقتضى ما يطلق عليه « الشرط الفاسخ الضمنى » أو نتيجة الاتفاق على وقوعه بقوة القانون ، أى بمقتضى ما يطلق عليه « الشرط الفاسخ الصريح » . وكل ما قلناه فى خصوص ما سبق يتمثل الأصل العام فى الفسخ أو القواعد العامة التى تحكمه . وليس يوجد بطبيعة الحال ثمة ما يمنع من مخالفة ذلك الأصل العام بنص خاص يتضمنه القانون فى شأن أمر معين . فإن وجد مثل هذا النص ، تعين إعمال حكمه ، مع ملاحظة عدم التوسع فى تفسيره ، اعتباراً بأنه يتخالف مع الأصل العام .

ومن أهم صور التخالف التشريعى للقواعد العامة فى الفسخ ما يتعلق بإعمال الشرط الفاسخ الصريح فى نطاق إيجار الأماكن ، وبوقوع الفسخ بقوة القانون دون حاجة إلى اشتراطه فى بيع العروض . ونتناول هاتين الصورتين بشيء من الإيضاح ، وذلك فيما يلى :

٣٢٦ — مدى إعمال الشرط الفاسخ الصريح فى إيجار الأماكن :

اختلف الفكر القانونى فقها وقضاء حول إعمال الشرط الفاسخ الصريح فى عقود إيجار الأماكن ، إذا ما تضمنته بنودها . ويرجع سبب هذا الاختلاف إلى ما جاء به التشريع الإيجارى الخاص من تحديد للحالات التى يجيز فيها القانون للمؤجر إخلاء العين المؤجرة من مستأجرها ، دون أن يكون من بينها إعمال الشرط الذى نحن بصدده . وثار التساؤل حاداً عنيفاً حول ما إذا كانت

اسباب الإخلاء التى أوردها النص مذكورة فيه على سبيل الحصر ، فلا يعمل من ثم بالشرط الفاسخ الصريح ، برغم تضمن العقد إياه ، اعتباراً بأن من شأنه أن يؤدى إلى إنهاء الإيجار ، وبالتالى إلى إخلاء المستأجر من العين ، بل إلى طرده منها . أم أن أسباب الإخلاء ليست واردة فى النص على سبيل الحصر ، أو هى ، على الأقل ، لا تتعلق إلا بالامتداد القانونى للايجار ، بمعنى أنها تتمثل مجرد قيود على حصول هذا الامتداد . فلا تمس الأسباب التى تقضى بها القواعد القانونية العامة لإنهاء الإيجار غير ما تعلق منها بانقضائه بفوات مدته . ومن بينها إعمال الشرط الفاسخ الصريح .

ولا يتسع المقام هنا للخوض فى المسألة السابقة ، فمحلها المؤلفات التى تتناول أحكام إيجار الأماكن [1] . ويكفينا هنا أن نبرز ما جاءت به المادة ١٨ من القانون رقم ١٣٦ لسنة ١٩٨١ فى شأن بعض الأحكام الخاصة بتأجير وبيع الأماكن وتنظيم العلاقة بين المؤجر والمستأجر من أنه : « ولا ينفذ حكم القضاء المستعجل بطرد المستأجر من العين بسبب التأخير فى سداد الأجرة إعمالا للشرط الفاسخ الصريح إذا ما سدد المستأجر الأجرة والمصاريف والأتعاب عند تنفيذ الحكم وبشرط أن يتم التنفيذ فى مواجهة المستأجر » . وقد كان القانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٧ فى شأن تأجير وبيع الأماكن يتضمن نفس الحكم فى المادة ٣١ منه الملغاة .

ومؤدى النص السابق أن الشرط الفاسخ الصريح الذى تتضمنه عقود إيجار الأماكن ، فى خصوص التقاعس عن أداء الأجرة ، لا يقع باطلا ، بل إنه يتعين إعماله ، ويجوز للقضاء المستعجل أن يحكم بطرد المستأجر من العين تنفيذاً له . كل ما هنالك هو أن إعمال هذا الشرط لا يكون هنا منطلقاً كما هو الشأن وفقاً للقواعد العامة ، وإنما يتقيد بإلغاء أثره إذا ما حكم القاضى

---

(١) راجع فى هذا الموضوع : سليمان مرقس ، إيجار الاماكن طبعة ١٩٨٢ نبذة ١٧٣ – وانظر من أحكام النقض : نقض ١٩٨٠/٣/٥ ، طعن ٥٦٥ / ٤٩ ق مجلة القضاء عدد يناير ابريل ١٩٨١ ص ٢٨٠ – نقض ١٩٧٩/٦/٣٠ طعن ٧٠٢ / ٤٦ ق مجموعة النقض س ٣٠ ص ٢٩٧ رقم ٣٣٥ .

المستعجل بطرد المستأجر إعمالا له . ثم جاء المستأجر ، عند تنفيذ هذا الحكم في مواجهته ، وسدد ما عليه من الأجرة والمصروفات والأتعاب . بل إن تقييد إعمال الشرط الفاسخ في الحدود التي بيناها لا يتسم بالدوام . إذ أنه يرتفع ، ويتعين على القاضي إعمال أثر الشرط . إذا تكرر امتناع المستأجر أو تأخره في الوفاء بالأجرة دون مبررات تقدرها المحكمة (المادة ١٨ / ٤ من القانون رقم ١٩٨١/١٣٦) .

والنص السابق أبعد ما يكون عن حسن صناعة التشريع ومقتضيات فنه . فهو لا يعرض إلا لحالة تنفيذ حكم الطرد من القضاء المستعجل ، دون حالة إعمال الشرط الفاسخ الصريح والحكم بالإخلاء على أساسه من قاضي الموضوع . ثم إنه لا يعرض إلا للشرط السابق عند إخلال المستأجر بالتزامه بدفع الأجرة ، دون أن يعرض لأثره عندما يتمثل جزاء على إخلال المستأجر بغير ذلك من التزاماته . كالتزامه بعدم التأجير من الباطن وبعدم التنازل عن الإيجار ، وكالتزامه بعـدم إجراء تغيير في العين المؤجرة . والتزامه بإجراء الترميمات التأجيرية . ومن شأن هذا النص أن يثير الجدل حول مسائل عديدة ، اجتزأنا هنا بسرد بعضها ، دون أن يتسع لنا المقام للخوض فيها .

٣٢٧ — وقوع الفسخ بقوة القانون في بيع العروض :

الأصل العام أن عقد البيع يخضع للقواعد العامة في الفسخ . شأنه في ذلك شأن غيره من كافة العقود . بيد أن المشرع خص حالة معينة من حالات البيوع بحكم متميز . وهذه هي حالة بيع العروض وغيرها من المنقولات . عندما يتفق فيه على دفع الثمن وتسلم المبيع في تاريخ تال لإبرامه . ففي هذه الحالة ، إذا تقاعس المشتري عن دفع الثمن في ميعاده المضروب ، يترخص للبائع أن يعتبر البيع مفسوخاً بقوة القانون [١] . بمجرد حصول هذا التقاعس . ومن غير حاجة إلى سبق اعذار المشتري بدفع الثمن . ومن غير حاجة أيضاً إلى سبق الاتفاق بين طرفي العقد على وقوع هذا النوع من الفسخ ، أي من

(١) واعتبار البيع هنا مفسوخاً بقوة القانون مجرد رخصة للبائع ، فلهذا الأخير الحق في أن يعتبر البيع مفسوخاً إذا أراده ، ولكنه لا يجبر عليه .

غير حاجة إلى ما يطلق عليه الشرط الفاسخ الصريح . وفى ذلك تقضى المادة ٤٦١ بأنه : « فى بيع العروض وغيرها من المنقولات إذا اتفق على ميعاد لدفع الثمن وتسلم المبيع يكون البيع مفسوخاً دون حاجة إلى اعذار إن لم يدفع الثمن عند حلول الميعاد إذا اختار البائع ذلك وهذا ما لم يوجد اتفاق على غيره » .

ففى الحالة التى نحن بصددها ، يقع التخالف مع القواعد العامة فى الفسخ فى ناحيتين أساسيتين . فمن ناحية أولى ، يقع الفسخ بقوة القانون من غير حاجة إلى سبق الاتفاق على وقوعه على هذا النحو . أى من غير حاجة إلى الشرط الفاسخ الصريح . ومن ناحية ثانية ، يقع الفسخ القانونى بمجرد عدم دفع المشترى الثمن فى الميعاد المحدد ، من غير حاجة إلى سبق اعذاره بوجوب دفعه ، ولو لم يكن قد اتفق على الإعفاء من الإعذار .

ولإعمال حكم المادة ٤٦١ ، يلزم توافر شروط معينه . وإذا لم يكن هنا مجال تفصيل تلك الشروط ، حيث إن محله المؤلفات التى تعالج أحكام عقد البيع [١] ، فإننا نجتزئ بإجمالها . وهى تتركز فى كون المبيع من العروض أى من السلع وغيرها من المنقولات المشابهة . وفى وجوب أن يكون البيع متضمنا الاتفاق على ارجاء دفع الثمن وتسلم المبيع إلى تاريخ تال لإبرامه . وأن يتقاعس المشترى عن دفع الثمن عند حلول أجله .

٣٢٨ — حماية الغير حسنى النية من نتائج الفسخ :

عرفنا مما سبق أنه يترتب على الفسخ ، سواء أوقع بحكم القاضى ، أم بقوة القانون إعمالا لاتفاق بين العاقدين يقضى بذلك، اعتبار العقد كأن لم يقم أصلا ، وبالتالى وجوب إرجاع العاقدين إلى الحالة التى كانا عليها عند إبرامه. ولا جدال أن هذا الأثر يتسم بخطورة بالغة . فإزالة ما تنفذ بالفعل من آثار عقد ليس أمراً سهلا فى الكثير من الحالات .

---

(١) راجع فى تفصيل فسخ بيع العروض وغيرها من المنقولات إعمالا للمادة ٤٦١ : السنهورى ، الوسيط ج ٤ نبذة ٤١٦ — مؤلفنا ، محاضرات فى العقود ج ٢ عقد البيع نبذة ٢٨٤ .

وتزداد هذه الخطورة حدة ، إذا كان من شأن أثر الفسخ أن يرتد إلى الغير . ويحصل ذلك على وجه الخصوص ، إذا كان العقد ناقلا للملك ، ثم جاء المتصرف إليه فتصرف بدوره فى الشىء إلى شخص ثالث ، وبعد ذلك فسخ العقد . والمثال الفذ لهذه الحالة هو عقد البيع الذى يتقرر فسخه بعد أن يكون المشترى قد تصرف بدوره فى المبيع ، كما إذا كان قد باعه إلى مشتر ثان ، أو رهنه . فإذا قضى بفسخ البيع ، فى هذه الحالة ، وأعملنا أثر الفسخ على إطلاقه ، لوجب أن نرجع المبيع إلى البائع الأصلى . واعتبار البيع الثانى أو الرهن ، واقعين من شخص لم يملك المبيع فى يوم من الأيام ، أى يعتبر التصرف صادراً من الغير ، فلا يسرى فى حق المالك الأصلى ما لم يقره . وهكذا نرى أن أثر الفسخ لا يقف بالضرورة عند العاقدين نفسيهما . بل هو قد يتجاوزهما إلى الغير .

وإذا كان من شأن أثر الفسخ أن يرتد إلى غير العاقدين ممن يكونو قد تعاملوا معهما بصدد الشىء المعقود عليه ، فهناك من هؤلاء الغير من يكون جديراً بالحماية والرعاية . وهؤلاء هم الغير حسنو النية . ونقصد بهم أولئك الذين تعاملوا بصدد المعقود عليه ، وهم غير عالمين بما يتهدد عقد سلفهم من أسباب الزوال والانحلال ، ومن بينها الفسخ ، وما كان فى مقدورهم أن يعلموا بها ، ببذل الجهد المعقول .

والقانون ، بالفعل ، لا يترك هؤلاء الغير حسنى النية ، بدون حماية ، فهو يقيهم من أثر الفسخ ، الذى قد يكون بالغ القسوة بالنسبة إليهم . وهو إذ يجنبهم هذا الأثر ، يضحى فى سبيل ذلك ، بمصلحة طالب الفسخ ، بل وبمنطق نظام الفسخ نفسه . ولكنه يعمد إلى ذلك ، تحقيقاً لغاية أسمى وأهم ، لا تقتصر على الغير حسنى النية وحدهم ، بل تتجاوزهم إلى حماية الصالح العام كله ، بالعمل على صيانة الثقة المشروعة ، الأمر الذى من شأنه أن يؤدى إلى استقرار المعاملات وازدهارها .

وحماية الغير حسنى النية من أثر الفسخ مكفولة ، فى حدود معينة ، سواء

أورد العقد على المنقول أو على العقار [١] . ولكن الأساس القانونى لتلك الحماية ومداها يختلفان باختلافهما . وقد سبق لنا أن عرضنا لمبدأ حماية الغير حسنى النية من أثر إبطال العقد . والحكم بصدد الفسخ لا يتغاير . ومن ثم نجتزئ هنا بالاحالة على ما قلناه بصدد إبطال العقد [٢] .

نظرية الفسخ فى الفقه الإسلامى

٣٨٩ — اصطلاح « الفسخ » كثير الشيوع فى لغة الفقه الإسلامى . ومع ذلك ، فهو لا يعرف نظام الفسخ ، على نحو ما يقول به القانون المعاصر ، أى باعتباره جزاء يترتب لمصلحة أحد العاقدين ، على اخلال العاقد الآخر بالتزاماته ، ويقوم على فكرة الترابط بين الالتزامات المتقابلة التى يفرضها العقد على طرفيه .

فإخلال أحد العاقدين بالتزاماته ، تحت ظل الفقه الإسلامى . لا يمنح العاقد الآخر الخيار بين طلب تنفيذ هذا الالتزام جبرا وبين طلب فسخ العقد، كما يقضى بذلك القانون المعاصر . فهو لا يخوله إلا الحق فى إجباره على الوفاء بالالتزام . فاذا تعذر عليه الوصول إلى حقه ، يبق له إلا الرجوع على غريمه بالضمان ، أى بالتعويض . وهكذا فالفسخ فى الفقه الإسلامى ، لا يتمثل جزاء عن الاخلال بالتزام . وهو فى ذلك يغاير القانون المعاصر فى أمر اساسى هام ، ليقترب من القانون الرومانى .

وإذا قلنا إن نظام الفسخ غير معروف فى الفقه الإسلامى ، فإننا نعنى بذلك الفسخ كجزاء قانونى يتوقع تأسيساً على مجرد الإخلال بالالتزام، ومن غير ضرورة لاشتراط حصوله فى العقد، على نحو ما يقضى به قانوننا المصرى وغيره من القوانين المعاصرة الأخرى . أما الفسخ كنتيجة لإعمال شرط يتضمنه العقد عند الإخلال بالالتزام ، فهو معروف فى الفقه الإسلامى . فلا يوجد فى الفقه الإسلامى ، ثمة ما يمنع من أن يتفق الطرفان على فسخ العقد،

(١) انظر فى حماية المشترى حسن النية من الفسخ : نقض ١٩٧٩/١/٢٥ مجموعة النقض س ٣٠ع ١ ص ١٣٣ رقم ٣٦ . وقد قضى هذا الحكم بأن الحكم الصادر بفسخ عقد بيع عقار فى دعوى لم تسجل عريضتها لا يسرى فى حق الغير حسنى النية الذى اكتسب حقا عينياً على العقار .

(٢) راجع ما سبق ، نبذة ٢٤٤ .

إذا أخل أحدهما بما يفرضه العقد عليه من التزامات . وهذا هو مؤدى النظام المعروف تحت اصطلاح « خيار النقد » . ومؤدى « خيار النقد » أن يتفق المتبايعان على أن يؤدى المشترى الثمن خلال مدة معينة [1] ، وإنه إذا لم يؤده خلالها ينفسخ العقد .

وقد أقرت « المجلة » خيار النقد » . فجاءت المادة ٣١٣ منها ، بصدد البيع ، تقضى بأنه : « إذا تبايعا ، على أن يؤدى المشترى الثمن فى وقت كذا ، وان لم يؤده فلا بيع بينهما ، صح البيع . وهذا يقال له خيار النقد » . فوفقاً لهذا النص ، يسوغ أن يتضمن عقد البيع شرطا يقضى بفسخه ، إذا لم يؤد المشترى الثمن فى الوقت المعين له . وكل ما يلزم لإعمال « خيار النقد » ، تحت ظل « المجلة » أن يتفق عليه ، وأن تكون مدة دفع الثمن محددة ، وان لم يلزم أن تتقيد بفترة الثلاثة أيام ، على خلاف الرأى الراجح فى الفقه الحنفى .

وحكم « خيار النقد » ، تحت ظل الفقه الإسلامى الحنفى ، أنه إذا لم يؤد المشترى الثمن خلال الميعاد المتفق عليه ، فإن البيع لا يفسخ ، بمفهوم هذا الاصطلاح فى فقه القانون المعاصر ، ولكنه يصير فاسدا ، بمفهوم العقد الفاسد فى الفقه الحنفى والذى سبق لنا أن حددناه عند الكلام فى نظرية البطلان فى الفقه الإسلامى [2] . وفى ذلك تقضى المادة ٣١٤ مجلة بأنه : « إذا لم يؤد المشترى الثمن فى المدة المعينة ، كان البيع الذى فيه خيار النقد فاسدا » .

وهكذا يختلف أثر « خيار النقد » فى الفقه الحنفى » عن مؤدى نظام الفسخ فى القانون المعاصر عامة ، وفى قانوننا المصرى خاصة ، حتى فى الحالة التى يتفق فيها على اعتبار العقد مفسوخا عند الاخلال بالالتزام ، أى حتى فى حالة

---

(١) وفقاً للرأى الراجح فى الفقه الحنفى ، لا يصح خيار النقد إلا إذا تقيد الأجل المحدد لدفع الثمن بفترة لا تتجاوز ثلاثة أيام . وفى هذا يقضى « مرشد الحيران » بأنه : « إذا اشترط المتبايعان فى عقد البيع أن المشترى لم يؤد الثمن إلى ثلاثة أيام صح البيع والشرط . فإن أدى المشترى الثمن فى المدة المعينة ، لزم البيع . وان لم يؤده فى المدة المعينة ، أو مات فى اثنائها قبل أداء الثمن ، فسد البيع » . وقد جاء محمد ، صاحب أبى حنيفة ، يطلق هذا الأجل ، قائلا بأن خيار النقد يصح ، ولو زاد على ثلاثة أيام . وقد تبنت « المجلة » رأى محمد (أنظر سليم رستم باز ، شرح المجلة ، فى تعليقه على المادة ٣١٣) .

(٢) راجع ما سبق ، نبذة ٢٥٥ وما بعدها .

الفسخ الذى يقع بقوة القانون ، عند الاتفاق عليه . فى حين أنه يترتب على الاخلال بالالتزام ، عند الاتفاق على اعتبار العقد مفسوخا ، فى ظل القانون المعاصر ، زوال هذا العقد بمجرد حصول هذا الاخلال ، فانه لا يترتب عليه ، فى ظل الفقه الإسلامى الحنفى ، أكثر من أن يصير العقد فاسدا . وإذا كان مؤدى صيرورة العقد فاسدا هنا أن يثبت للبائع خيار فسخ العقد ، وبالتالى استرداد المبيع ، إلا أن حقه فى هذا الاسترداد يمتنع ، إذا كان المشترى قد قبض المبيع ، ثم تصرف فيه ، بأن باعه ، مثلا ، أو وهبه ، أو استهلكه أو زاد فيه شيئا من ماله . فى هذه الحالة ، تزول عن البائع رخصة الفسخ ، ولا يبقى له إلا أن يطالب المشترى بقيمة المبيع ، وليس بثمنه[1] .

خلاصة كل ما سبق ، أن الفقه الإسلامى لا يعرف نظام الفسخ ، باعتباره جزاء يترتب على الاخلال بالالتزام ، يحكم به القاضى ، دون حاجة إلى اشتراطه فى العقد .

ويلاحظ ، مع ذلك ، أن نظام « الفسخ » ، باعتبار أنه يخول لأحد العاقدين أو لكليهما سبيل الخلاص من العقد بعد قيامه ، دون أن يكون بالضرورة جزاء عن الاخلال بالالتزام ؛ يلاحظ أن نظام الفسخ منظوراً إليه على هذا الاعتبار معروف فى الفقه الإسلامى . بل أن الفقه الإسلامى يتوسع إلى حد كبير فى تقرير هذا الحكم ، ويرده إلى أسباب شتى متنوعة ، كثيرا ، بل غالبا ، ما ترجع إلى ذات تكوين العقد ، وليس فقط إلى الاخلال بتنفيذه . ويمكننا رد هذه الأسباب إلى أمرين أساسين ، هما الآتيان :

١ — وجود خلل فى تكوين العقد ، وعلى الأخص ما تعلق منه بالمعقود عليه . وهنا يختلط الفسخ بالبطلان . ونستطيع أن ندرج ، تحت هذا الباب ، خيار الوصف وخيار الرؤية ، وخيار العيب وخيار الغبن والتغرير .

٢ — تضمن العقد شرطا يمنح أحد العاقدين أو كليهما رخصة فسخ العقد . ويندرج تحت هذا الباب ، خيار الشرط ، وخيار النقد .

---

(١) انظر فى ذلك شرح المجلة لسليم رستم باز ، فى التعليق على المادة ٣١٤ ، وراجع ما سبق لنا أن قلنا فى صدد فساد العقد فى الفقه الحنفى .

الفصل الثاني

انفساخ العقد

٣٣٠ – تكلمنا ، فيما سبق ، في فسخ العقد ، وتبين لنا أن مؤداه أن يخل أحد العاقدين بالتزاماته ، فيترخص للعاقد الآخر ، جزاء هذا الإخلال ، أن يطلب فك الرابطة العقدية ، حتى يتحلل هو بدوره من التزاماته . فالفسخ جزاء لخطأ أحد العاقدين ، الذى يتمثل فى إخلاله بالتزامه .

بيد أن عدم الوفاء بالالتزام لا يحدث بالضرورة نتيجة خطأ المدين . فقد يصبح هذا الوفاء مستحيلا ، لسبب أجنبي ليس للمدين يد فيه . ومثال ذلك أن يتعاقد شخص مع أحد المنتجين السينمائيين على أن يمثل فى رواية ، ثم يموت أو يمرض مرضاً يحول بينه وبين أن يؤدى دوره فى ميعاده . ومثال ذلك أيضا أن يؤجر شخص لآخر داره ، ويلتزم بالتالى بتمكينه من الانتفاع بها ، ثم تتهدم هذه الدار بزلزال ، أو تنزع ملكيتها للمنفعة العامة[1] ، فيستحيل على المؤجر الوفاء بالتزامه .

وفى كل حالة يصبح فيها الوفاء بالالتزام مستحيلا لسبب أجنبي عن المدين ، بمعنى أنه لا يعزى إلى خطأ منه ، فإن الالتزامات المقابلة على المتعاقد الآخر تزول بدورها ، وبقوة القانون . فيزول ، فى مثالنا الأول السابق ، التزام المنتج بدفع الأجر . والعلة فى ذلك واضحة . إذ أن المنتج ، فى مثالنا الأول ، قد تحمل بالالتزام بدفع أجر الممثل ، بغية حصوله على أداء هذا

---

(١) انظر : نقض ١٩٨٢/٤/٢٢ طعن ٢٠٨/٤٩ق ، المحاماة س ٦٢ ع ٧ و ٨ ص ٢١ . وقد جاء فى هذا الحكم أن نزع ملكية العين المؤجرة للمنفعة العامة يعد هلاكاً كلياً لها يترتب عليه انفساخ عقد الإيجار بحكم القانون ومن تلقاء نفسه لاستحالة تنفيذه بسبب انعدام المحل لسبب أجنبى . وانظر فى نفس الاتجاه : نقض ١٩٧٤/١١/١٢ مجموعة النقض س ٢٥ ص ١٢١٣ – نقض ١٩٦٧/٥/٢٥ ، مجموعة النقض ١٩٦٧/٥/٢٥ مجموعة النقض س ١٨ ص ١١٢٩ رقم ١٦٧ .

الأخير دوره . أما وقد استحال على الممثل أداء دوره ، فلم يعد لالتزام المنتج بدفع الأجر سبب ، وتعين أن يزول بدوره . وكذلك الشأن تماماً فى مثالنا الثانى . ويقال فى مثل حالتنا ، إن العقد ينفسخ . وهكذا يظهر الفارق واضحا بين الفسخ ، الذى هو جزاء لإخلال المدين بالتزامه ، وبين الانفساخ الذى يجىء نتيجة كون التزام أحد العاقدين قد أصبح مستحيلا لسبب أجنبي عنه ، لايد له فيه .

مما سبق يبين أن الانفساخ سبب لانحلال العقد ، متميز عن الفسخ ، يقع عندما يصبح التزام أحد العاقدين مستحيلا ، لسبب أجنبى عنه ، لا يد له فيه . وقد عرضت المادة ١٥٩ للانفساخ بقولها : « فى العقود الملزمة للجانبين ، إذا انقضى التزام بسبب استحالة تنفيذه ، انقضت معه الالتزامات المقابلة له وينفسخ العقد من تلقاء نفسه » .

وسوف نتناول الانفساخ من حيث شروطه وأثره ، وذلك فيما يلى :

٣٣١ — شروط الانفساخ :

تتركز الشروط اللازم توافرها لوقوع الانفساخ فى أن يصبح أداء التزام العاقد ، بعد قيام العقد ، مستحيلا استحالة كاملة ، ولسبب أجنبي عنه لا يد له فيه . وتفصيل ذلك أنه يلزم ، لانفساخ العقد ، توافر الشروط الأربعة الآتية :

١ — يلزم فى الأساس أن يصير التزام العاقد مستحيلا ، بمعنى أن يصبح تنفيذه غير ممكن . والمقصود بالاستحالة هنا هو الاستحالة الموضوعية المطلقة التى تتعلق بالالتزام فى ذاته ومن حيث هو ، وليست الاستحالة الذاتية المتعلقة بالمدين نفسه ، شأن الاستحالة هنا ، شأن الاستحالة المبتدأة التى تكون عند ابرام العقد ، والتى تؤدى ، كما رأيناه فى حينه ، إلى بطلانه وعدم قيامه أصلا .

وإذا قلنا إنه يلزم لانفساخ العقد ، أن يصير التزام احد العاقدين مستحيلا استحالة موضوعية ، فإننا نعنى بذلك أن يصبح أداؤه غير ممكن أصلا ودائماً .

فلا يكفى أن يتعذر أداء الالتزام إلى حين ، إن كان من شأنه أن يصير ممكنا بعد فواته . فالمانع المؤقت من تنفيذ الالتزام لا ينهض سببا للانفساخ [١] ، إنما ينهض سبباً لوقفه ولإرجاء تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه فحسب [٢] .

٢ — يلزم أن تكون استحالة تنفيذ الالتزام ناشئة فى تاريخ لاحق لقيام العقد . فإذا كانت تلك الاستحالة قائمة عند إبرام العقد ، فإن هذا العقد لا ينفسخ . ولكنه لا ينعقد أصلا ، أى يقع باطلا ، لاستحالة محله ، على نحو ما سبق لنا بيانه عند الكلام فى المحل [٣] .

٣ — يلزم أن تكون استحالة تنفيذ الالتزام كاملة . فإذا كانت جزئية ، فإن الانفساخ لا يقع ، وإنما يثبت للدائن الخيار بين أن يطلب الفسخ أو التنفيذ العينى لما بقى ممكناً من محل الالتزام . والاستحالة الجزئية التى تحول دون وقوع الانفساخ ، وإنما تنهض فقط مجرد سبب يخول العاقد الخيار بين أن يطلب فسخ العقد وبين أن يتمسك بتنفيذه فى حدود ما بقى ممكناً ؛ هذه الاستحالة الجزئية يمكن أن تعتبر متوافرة بالنسبة إلى التزام بعينه من التزامات المدين ، كما إذا تهدم جزء من المنزل المبيع ، ويمكن أيضا أن تعتبر متوافرة

---

(١) انظر : نقض ١٩٦٢/١٢/٣٠ طعن ٢٠١/٢٧ق مجموعة النقض س ١٣ ص ١١٥٩ رقم ١٨٤ . وتتلخص وقائع الدعوى التى صدر فيها الحكم فى أن أرضاً بيعت ، ثم وضعتها الدولة تحت التحفظ ، بمظنة أنها من أموال أسرة محمد على (وهى الأموال التى تقررت من قيادة الثورة مصادرتها) ، ثم رفع هذا التحفظ لثبوت عدم صدق المظنة . رفع البائعون على المشترى دعوى يطالبونه فيها بثمار الأرض المبيعة طوال مدة التحفظ ، تأسيساً على انقطاع العلاقة التعاقدية خلالها ، مما يخولهم الحق فى الثمار إعمالا لقواعد الإثراء بلا سبب . قضت محكمة الموضوع برفض دعوى البائعين . وباركت محكمة النقض هذا القضاء قائلة . إنه : « يبين من وقائع هذه الدعوى أن وضع الأطيان المبيعة تحت التحفظ ... لم يكن سوى طارىء ترتب عليه تأجيل تنفيذ ما لم يكن قد تم تنفيذه من التزامات الطرفين ، ولم يتمخض عن استحالة قانونية دائمة تفضى إلى انقضاء تلك الالتزامات ، بل مجرد استحالة مؤقتة . وبزوال هـذا الطارىء تستأنف الالتزامات المؤجلة سيرها . ولا يكون لهذا الطارىء من أثر على قيام العقد فى فترة التحفظ ، ومن ثم فإن العقد هو الذى يحكم العلاقة بين الطرفين » .

(٢) راجع فى ذلك : عبد الحى حجازى فى رسالته عن عقد المدة ص ١٥٤ — جمال الدين زكى ، المرجع السابق نبذة ٢٢٦ .

(٣) راجع ما سبق ، نبذة ١٩٦ .

بالنسبة إلى التزامات المدين فى جملتها ، بمعنى أن يصير التزام من التزاماته التى يرتبها العقد فى ذمته مستحيل التنفيذ ، دون الالتزامات الأخرى .

٤ — ويلزم ، فى النهاية ، أن تكون استحالة تنفيذ الالتزام راجعة لسبب أجنبى عن المدين ، لا يد له فيه ، كما إذا كانت ناشئة نتيجة قوة قاهرة أو فعل الدائن أو فعل الغير . فإذا كانت تلك الاستحالة ناشئة بسبب يعزى إلى المدين ، فإن العقد لا ينفسخ ، ويبقى التزامه قائماً ، وإن استحال إلى تعويض لتعذر الوصول إلى تنفيذه عيناً .

هذه هى الشروط الأربعة التى تلزم لانفساخ العقد . وتوافرها يكفى . ولا أهمية بعد ذلك لما إذا كانت استحالة أداء الالتزام هى استحالة مادية ، كما إذا مات الممثل قبل أداء دوره فى الرواية ، أو مات المريض قبل أن يباشر الطبيب علاجه ، أو تهدمت الدار المؤجرة بزلزال ، أو كانت تلك الاستحالة قانونية [1] ، كما إذا التزم المحامى برفع استئناف عن حكم معين ، ثم صدر قانون يجعل هذا الحكم غير قابل للاستئناف .

---

(١) على أن تقدير الاستحالة القانونية لأداء الالتزام الذى يترتب عليها انقضاؤه وانفساخ العقد الذى أنشأه ، يعتبر من مسائل القانون التى تخضع لرقابة محكمة النقض ، بخلاف تقدير الاستحالة المادية الذى يدخل فى رحاب الواقع ويكون القاضى الموضوع فى شأنه القول الفصل ، طالما انبنى على أسباب سائغة من شأنها أن تحمله . راجع فى ذلك نقض ١٩٦٢/١١/١ طعن ٢٧/٣٧ق مجموعة النقض س ١٣ ص ٩٤٨ رقم ١٤٣ . وتتركز وقائع الدعوى التى صدر فيها الحكم فى أن ناظر وقف البدراوى (مصطفى النحاس باشا) اتفق مع محام على مباشرة قضاياه نظير مرتب شهرى لمدة ثلاث سنوات . ثم يئول النظر بعد ذلك إلى وزارة الأوقاف ، حالة كون الوزير قد سبق له أن أصدر قراراً بقيام الهيئة القضائية للوزارة بمباشرة قضايا الأوقاف التى تتولى النظر عليها . تمسكت وزارة الأوقاف بانفساخ عقد المحامى ، تأسيساً على استحالة تنفيذ التزامه بقوة قاهرة ، هى صدور تشريع يمنعه من المرافعة بالوكالة عن الوزارة . محكمة الموضوع تستجيب إلى طلب الوزارة ، وتقضى بانفساخ العقد . ولكن محكمة النقض تنقض الحكم ، تأسيساً على أن قرار وزير الأوقاف رقم ١٩ لسنة ١٩٤٦ المستند إلى القانون رقم ٣٦ لسنة ١٩٤٦ ، وإن كان قد ناط بالهيئة القضائية للوزارة تمثيلها فى القضايا ، إلا أنه لم يحظر على الوزارة أن تعهد بقضاياها إلى غيرها . وتستطرد محكمتنا العليا قائلة : « وإذ جرى قضاء الحكم المطعون فيه على غير هذا النظر ، وكانت استحالة تنفيذ الالتزام التى تقوم على أسباب قانونية من مسائل القانون التى تخضع لرقابة محكمة النقض ، فإنه يكون مخالفاً للقانون مستوجباً نقضه » . وانظر فى نفس الاتجاه : السنهورى ، الوسيط ج ٣ نبذة ٥٨٧ .

٣٣٢ — هلاك محل الالتزام مخلفاً وراءه شيئاً آخر :

هلاك محل الالتزام يجعل أداء الالتزام بذاته مستحيلا ، الأمر الذى انبنى عليه الحكم العام المنصوص عليه فى المادة ١٥٩ والقاضى بانفساخ العقد ، شريطة أن يكون ذلك الهلاك راجعاً إلى سبب أجنبى عن المدين بطبيعة الحال .

ولاصعوبة فى الأمر إذا لم يخلف الهلاك شيئاً وراءه ، كما إذا اشترى شخص سلعة ثم احترقت بكاملها قبل أن يتسلمها من البائع . فالهلاك هنا كلى ، إذ الفرض أنه لم يبق ولم يذر . واستحالة التنفيذ ترد على التزام البائع بالتسليم فى شموله ، فلا يكون للعقد بعد ذلك قيام .

ولكن ما الحكم إذا هلك محل الالتزام مخلفاً وراءه شيئاً آخر أو حقاً ؟ ماالحكم ، مثلا ، إذا تهدم المنزل المبيع أو احترق ، قبل تسليمه إلى المشترى أو قبل انتقال ملكيته إليه لعدم التسجيل ، وخلف وراءه أنقاضاً أو حقاً فى التعويض أو فى مبلغ تأمين ، هل ينفسخ البيع حتى فى هذه الحالة ، أو هل ينفسخ على وجه العموم والشمول ؟ وماالحكم إذا نزعت ملكية العقار المبيع قبل تسجيل عقد البيع ، واستحق عن ذلك مقابل الاستملاك : هل ينفسخ البيع هنا دائماً وفى كل الأحوال ؟

لم تـثر هذه المسألة فى الفكر القانونى المصرى لا فقهاً ولا قضاء ، وسارت أحكام المحاكم ، وعلى رأسها محكمة النقض ، على القضاء بوقوع الانفساخ فى الحالة التى نحن بصددها ، تأسيساً على استحالة تنفيذ الالتزام لسبب أجنبى عن المدين [١] ، دون أن تتطرق أصلا إلى البحث عما إذا كان هلاك الشىء

---

(١) انظر : نقض ١٩٧٧/٤/٥ مجموعة النقض س ٢٨ ص ٨٨٥ (وقد قضى هذا الحكم بانفساخ بيع أرض زراعية بسبب استحالة تنفيذ البائع لالتزاماته نتيجة استيلاء الدولة على أراضى الأجانب) — نقض ١٩٧٢/٤/٥ طعن ٤٣/١٩٩ ق مجموعة النقض س ٢٨ ص ٩٠٩ رقم ١٥٦ — نقض ١٩٧٤/١١/٢١ طعن ٣٩/٥٦٨ ق مجموعة النقض س ٢٥ ص ١٢٦٦ رقم ٢١٥ — نقض ١٩٦٩/٣/١٣ طعن ٣٥/١٨٥ ق مجموعة النقض س ٢٠ ص ٤٣٢ رقم ٧٠ — نقض ١٩٦٨/٢/٢٢ طعن ٣٤/٢١٧ ق مجموعة النقض س ١٩ ص ٣٤٥ رقم ٥٣ (وقد قضت الأحكام الأربعة الأخيرة بانفساخ عقد بيع أراضى زراعية تأسيساً على استحالة تنفيذ البائع لالتزاماته بسبب استيلاء الدولة على الأرض المباعة إعمالا لقانون الإصلاح الزراعى) — —

الذى أدى إلى استحالة التنفيذ قد خلف وراءه شيئاً أم لم يخلف . ويرجع السبب فى هذا السلوك من قضائنا إلى أن الشيء أو الحق الذى خلفه هلاك محل الالتزام . فى الدعاوى التى عرضت عليه . لم يصل من الأهمية إلى حد أن يسعى الدائن إلى أن يستأثر به بديلا عن الشيء الذى ورد التزامه فى الأصل عليه . فيعترض على حصول الانفساخ . ولكن المسألة ثارت فى الكويت . فى حالة نزع ملكية العقار المبيع قبل تسجيل البيع . بسبب أن الدولة هناك تدفع مقابلا سخياً للاستملاك . بحيث جرت عادة الكويتيين إلى أن يسعوا هم لدى السلطات فى أن تستملك أراضيهم . وقد ثارت تلك المسألة فى خصوص تحديد من يثبت له مقابل استملاك العقار المبيع بعقد غير مسجل . أهو المشترى أم البائع . وقد قضت محكمة التمييز الكويتية بانفساخ البيع فى الحالة التى نحن بصددها . وبأحقية البائع فى مقابل الاستملاك تأسيساً عليه . وذلك برغم أن المشترى كان قد تمسك بعدم الانفساخ . قانعاً بمقابل الاستملاك ومكتفياً به بدل العقار المشترى[1] .

ومفتاح المسألة التى نحن بصددها يكمن فى تحديد ما إذا كان التزام المدين يتمثل مستحيلا من عدمه . فاستحالة أداء الالتزام هى مناط الانفساخ وأساسه . فهى التى تؤدى إلى انقضاء الالتزام الذى طرأت عليه . وانقضاء الالتزام المقابل له فى ذمة الطرف الآخر بالتبعية . فيتفرغ العقد من مضمونه فيزول أى ينفسخ . والعمدة فى ذلك هى بإرادة الدائن . وليست بإرادة المدين وحدها . فإذا أصر الدائن على أن يستوفى حقه على نحو ما جاء فى الأصل عليه . وكان من شأن هلاك محل الالتزام أن يحول بينه وبين الوصول

= نقض ١٩٧٤/٦/٩ طعن ٣٨/٤٢٤ق مجموعة النقض س٢٥ ص١٠٢٧ رقم ١٦٩ (وقد قضى هذا الحكم بانفساخ بيع مضرب أرز تأسيساً على استحالة تنفيذ البائع لالتزاماته بسبب التأميم) — نقض ١٩٦٨/١٢/٢٦ طعن ٣٤/١٨٢ق مجموعة الأحكام النقض س ١٩ ص ١٥٦٥ رقم ٢٣٩ (وقد قضى الحكم بانفساخ بيع مطحن لاستحالة تنفيذ البائع لالتزاماته بسبب التأميم) .

(١) تمييز الكويت ١٩٨١/١/٢٨ ، طعن ١٩٧٩/١٢٢ تجارى (حكم لم ينشر بعد) . وراجع نقدنا لهذا الحكم فى مؤلفنا : مصادر الالتزام فى القانون الكويتى — نظرية العقد ص ٦١٥ هامش ١ .

إلى مبتغاه . اعتبر أداء الالتزام مستحيلا وانفسخ العقد . أما إذا ارتضى الدائن أن يأخذ ما خلفه هلاك محل الالتزام استيفاء لحقه . فلا يمكن أن يقبل من المدين قوله إن التزامه بات مستحيلا . وأن العقد بالتالي قد انفسخ . فإذا نزعت ملكية الأرض المبيعة ، مثلا . قبل تسجيل عقد البيع ، وقنع المشترى ، فى سبيل استيفائه حقوقه المترتبة عن البيع ، بمقابل الاستملاك ، فإنه يتنافى مع منطق القانون وروحه أن يجىء البائع بعد ذلك ويحاج بصيرورة التزامه بالعمل على نقل الملكية مستحيلا ، وبانفساخ البيع نتيجة ذلك ، ليصل فى النهاية إلى أن يستأثر بمقابل نزع الملكية دون المشترى . وكذلك الشأن إذا هلك العقار المبيع ، واستحق عن هلاكه تعويض أو تأمين ، وقنع المشترى بهذا أو بذاك .

فنظام الانفساخ يستهدف رفع العنت والحرج عن المدين ، بإعفائه من أداء التزام فرضه العقد عليه ، ثم بات مستحيلا لسبب أجنبي عنه لايد له فيه . وحينما يقنع الدائن ، فى سبيل استيفاء حقه ، بما خلفه الهلاك وراءه من شىء أو حق ، لايكون ثمة عنت أو حرج على المدين فى أداء التزامه . فترتفع الحكمة من تقرير الانفساخ . والقول بغير ذلك من شأنه أن يؤدى إلى أن يصير هلاك محل الالتزام نعمة وبركة للمدين على حساب دائنه . وليس مجرد أمر يزيل عنه العنت والحرج . وتمشياً مع هذه الفكرة جاءت المادة ١٣٠٣ فرنسى تقضى بإلزام المدين . الذى يتمسك بانقضاء التزامه تأسساً على الهلاك ، بأن يترك لدائنه مايخلفه الهلاك من حقوق أو دعاوى [١] . وقد تضمن المشروع التمهيدى لقانوننا المدنى نصاً مماثلا (المادة ٢٨٣) . ولكن هذا النص حذف . لا عزوفاً عن حكمه . ولكن اعتباراً بأن حكمه « تفصيلى يكفى فيه تطبيق القواعد العامة » [٢] . ونحن إذا كنا لانستطيع ، بغير نص .

---

(١) تقضى المادة ١٣٠٣ فرنسى بما ترجمته : « عند هلاك الشىء ، أو خروجه عن دائرة التعامل أو فقده ، دون خطأ من المدين ، فإن المدين يلتزم ، إذا كانت هناك بعض حقوق أو دعاوى تعويض متعلقة بهذا الشىء ، بأن يتركها لدائنه » . وانظر فى نفس الاتجاه المادة ٣٤٤ من قانون الموجبات والعقود اللبنانى .

(٢) راجع مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٥١٩ .

أن نقول بإلزام المدين الذى يتمسك بانقضاء التزامه تأسيساً على استحالة تنفيذه بأن يترك لدائنه مايخلفه الهلاك ووراءه من شىء أو حق [١] . إلا أننا نرى . تمشياً مع منطق نظام انقضاء الالتزام تأسيساً على استحالة تنفيذه ومع نظام الانفساخ . اعتبار الالتزام ممكناً غير مستحيل وبالتالى عدم وقوع الانفساخ . إذا قنع الدائن بما يخلفه الهلاك من شىء أو حق اقتضاء لدينه .

وفضلا عما سبق أن قدمناه دعماً للرأى الذى تخيرناه . فإنه يمكن دعمه أيضاً بفكرة الحلول العينى . فما يخلفه الشىء إثر هلاكه . يحل محله . بحيث إنه إذا قنع الدائن به استيفاء لحقه . فإنه التزام المدين يعتبر ممكناً فى أدائه لا مستحيلا . فلا ينفسخ العقد [٢] .

٣٣٣ — أثر الانفساخ :

إذا توافرت شروط الانفساخ التى بيناها . أعمل أثره . ويتركز هذا الأثر فى زوال العقد . من تلقاء نفسه ، وبقوة القانون ، ومن غير حاجة إلى حكم القاضى وذلك فور حصول استحالة الوفاء بالالتزام . ومن غير حاجة إلى اعذار المدين . ونتيجة لزوال العقد ، تزول معه كافة الالتزامات الناشئة عنه .

ويتغاير الحكم قليلا باختلاف ما إذا كان العقد ملزماً لجانب واحد أم ملزماً للجانبين . فإن كان الأمر الأول . وأصبح تنفيذ التزام المدين مستحيلا استحالة كاملة . انقضى هذا الالتزام وتفرغ العقد من مضمونه . فيزول ، أى ينفسخ . أما إذا كانت الاستحالة جزئية . فإن العقد لا ينفسخ بالضرورة ، وإنما يستمر قائماً فى حدود ما بقى ممكن التنفيذ من الالتزام ، ويكون للعاقد الآخر أن يتمسك ببقائه فى تلك الحدود .

---

(١) وقد وصل الأستاذ الفذ السنهورى بالفعل إلى الرأى الذى لم نستطع نحن أن نقول به ، راجع مؤلفه الوسيط ج ٣ نبذة ٥٨٩ .

(٢) راجع فى تفصيل الرأى القائل بعدم حصول الانفساخ عندما يقنع الدائن أقتضاء لحقه بما يخلفه هلاك الشىء من حقوق : مؤلفنا ، مصادر الالتزام فى القانون المدنى الكويتى — نظرية العقد نبذة ٣١٦ وهامش ١ ص ٦١٥ .

ويلاحظ أن المشرع لم يعرض إلا لانفساخ العقد الملزم للجانبين ، وذلك فى المادة ١٥٩ . فهو لم يعرض أصلا لانفساخ العقد الملزم لجانب واحد . وكأن هذا العقد الأخير لا ينفسخ . والحقيقة أن الانفساخ يرد على العقد الملزم لجانب واحد ، كما يرد على العقد الملزم للجانبين ، وذلك بخلاف الفسخ الذى لا يتصور وروده إلا فى خصوص العقد الأخير دون الأول .

وإن كان العقد ملزماً للجانبين ، وكانت استحالة التزام أحد المتعاقدين كلية ، انقضى هذا الالتزام ، وانقضى الالتزام المقابل للعاقد الآخر ، وتفرغ العقد بذلك من مضمونه ، فينفسخ . أما إن كانت الاستحالة جزئية ، فإن العقد لا ينفسخ ، ويكون للدائن الخيار بين أن يتمسك بالعقد فى حدود ما بقى ممكن التنفيذ من حقه نظير ما يتناسب معه من الالتزام المقابل [1] ، وبين أن يطلب فسخ العقد برمته [2] .

وإذا كان من شأن انفساخ العقد أن يزول بقوة القانون بمجرد أن يصير الالتزام مستحيلا لسبب أجنبى عن المدين لا يد له فيه ، فإن هذا الزوال يقع بأثر رجعى ، يمتد إلى وقت إبرام العقد ، حيث إن هذا العقد يعتبر كأن لم ينعقد أصلا ، الأمر الذى يستوجب إعادة المتعاقدين إلى الحالة التى كانا عليها وقت إبرام العقد [3] ، وذلك فى نفس الحدود المقررة فى شأن

---

(١) وإذا تمسك الدائن بالعقد فى حدود ما بقى ممكن التنفيذ من التزام مدينه ، فإنه يتحمل بالضرورة بما يقابل ما بقى من حقه الذى يطالب به . فإن اشترى شخص داراً ، مثلا ، ثم تهدم البناء ، وتمسك المشترى ببقاء المبيع بالنسبة للأرض ، كان له ما يطلبه ، ولكنه يتحمل من الثمن بجزء يقابل الأرض ، يحدده قاضى الموضوع ، بمعونة أهل الخبرة إن لزم الحال .

(٢) وإذا طلب الدائن هنا الفسخ ، جاز للمحكمة أن تعمل سلطتها التقديرية المنصوص عليها فى المادة ٢/١٥٧ ، فلا تجيب الدائن إلى الفسخ ، إذا كان ما أصبح تنفيذه مستحيلا قليل الأهمية بالنسبة إلى التزامات المدين فى جملتها . ولكن لا يجوز للمحكمة هنا أن تنظر المدين إلى أجل ، إلا بالنسبة إلى ما بقى ممكن التنفيذ من التزامه .

(٣) انظر فيما يترتب على انفساخ عقد البيع من وجوب قيام البائع برد الثمن وتحمله تبعة الهلاك : نقض ٢٢/٢/١٩٦٨ طعن ٢١٧/٣٤ق مجموعة النقض س ١٩ ص ٣٤٥ رقم ٥٣ — نقض ٢٦/١٢/١٩٦٨ طعن ١٨٢/٣٤ق موعة النقض س ١٩ ص ١٥٦٥ رقم ١٥٦٥ — نقض ١٣/٣/١٩٦٩ طعن ١٨٥/٣٥ق مجموعة النقض س ٢٠ ص ٤٣٢ رقم ٧٠ — نقض ٥/٤/١٩٧٧ مجموعة النقض س ٢٨ ص ٨٨٥ — نقض ٥/٤/١٩٧٢ طعن ١٩٩/٤٣ق مجموعة النقض س ٢٨ ص ٩٠٩ رقم ١٥٦ .

الفسخ ، أى مع مراعاة القيام بأداء معادل ، حينما يتعذر على العاقد بفعله أن يعيد غريمه إلى الحالة التى كان عليها عند العقد ، ومع مراعاة انتفاء الأثر الرجعى للانفساخ فى العقود المستمرة ، ومع عدم الإخلال بالحماية القانونية من الانفساخ المقررة للغير حسن النية .

وغنى عن البيان أنه فى حالة انفساخ العقد نتيجة استحالة تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه لسبب أجنبى عن المدين ، سواء أكانت هذه الاستحالة كلية أو جزئية ، لا يستحق الدائن تعويضاً ما عما يناله من ضرر بسبب تفويت الصفقة عليه كلياً أو جزئياً [١] . فالفرض أن المدين هنا لم يخطىء . وبهذا يتميز انفساخ العقد عن فسخه ، الذى لا يحول دون حق الدائن فى التعويض عن الضرر الذى يرتبه له ، اعتباراً بأنه يتمثل رخصة يجيزها له القانون كجزاء لإخلال المدين وتقصيره فى الوفاء بالتزاماته .

---

(١) انظر : نقض ١٩٧٤/١١/١٢ طعن ٣٩/١٦٣ق مجموعة النقض س ٢٥ ص ١٢١٣ رقم ٢٠٥ .

الفصل الثالث

التفاسخ أو التقايل أو الإقالة

٣٣٤ – التفاسخ أو الإقالة ، كما يغلب أن يقال فى الفقه الإسلامى ، أو التقايل [١] كما يقال أحياناً ، سبب لانحلال العقد ، إلى جانب الفسخ والانفساخ . وهو نظام يقوم على تراضى طرفى العقد على إزالته بعد إبرامه .

ولم يشر قانوننا المدنى فى نصوصه إلى التفاسخ أو الإقالة . ولكن لا شك فى إعماله تحت ظله . فهو مجرد تطبيق للقواعد العامة . إذ ما يستطيع توافق الإرادتين كلتيهما أن يفعله ، يستطيع ، بعد أن يقيمه أن ينقضه ، وذلك فى الحدود التى لا تضر الغير بطبيعة الحال .

والإقالة ، أو التقايل كما يقال أحياناً ، تفيد فى اللغة معنى الإزالة [٢] . وتفيد فى الفقه الإسلامى وفى القانون نفس المعنى . فهى تعنى إزالة العقد ، بمقتضى اتفاق لاحق لإبرامه . ومثال ذلك أن يبيع تاجر لأحد عملائه سلعة معينة ، ثم يتفقان بعد ذلك على اعتبار البيع كأن لم يكن ، ويسترد التاجر سلعته ، ويسترجع العميل نقوده .

والإقالة أو التقايل أو التفاسخ نظام يكشف بذات نفسه عما يبرره . فقوامها تراضى العاقدين كليهما على إزالة العقد بعد إبرامه كما أسلفنا .

---

(١) ويطلق البعض على الإقالة اصطلاح « الفسخ الاتفاقى » . وهذه التسمية ، وإن كانت فى ذاتها صحيحة لغوياً ، اعتباراً بأن الإقالة لا تعدو أن تكون اتفاقاً على فسخ العقد بمعنى إزالته ، إلا أنه يحسن الابتعاد عنها ، حتى لا تختلط الإقالة بالفسخ الذى يقع بقوة القانون استناداً إلى الشرط الفاسخ الصريح . والذى كثيراً ما يطلق عليه بدوره الفسخ الاتفاقى . ثم إن لفظ «الفسخ» يتمثل فى لغة قانوننا المصرى ، وغيره من القوانين العربية العصرية الأخرى ، اصطلاحاً قانونياً يفيد إزالة العقد بناء على طلب أحد عاقديه كجزاء لإخلال العاقد الآخر بالتزاماته ، وليس مجرد إزالة العقد إذا قامت على غير ذلك من الأسباب . فهو بهذه المثابة يبتعد عن معناه اللغوى وعن معناه فى لغة الفقه الإسلامى .

(٢) يقال : أقال الله عثرتك ، بمعنى أزالها . ومن المأثور عن النبى صلوات الله عليه أنه قال : « من أقال نادماً بيعته ، أقال الله عثرته يوم القيامة » .

والعقد فى قيامه صنيعة هذا التراضى . وما يستطيع العقد أن ينشئه يستطيع بذات نفسه أن يزيله .

والإقالة تتميز عن الفسخ فى أمرين أساسين . فهى : من ناحية : لا تكون إلا اتفاقية ، بمعنى أنها لا تنشأ إلا بتراضى الطرفين عليها . وبشرط أن يجىء هذا التراضى بعد تمام العقد . أما الفسخ : فيقع إما بحكم القاضى . كما هو الأصل ، وإما بقوة القانون فى حالة الاتفاق على حصوله بمجرد الإخلال بالالتزام وبدون حكم القاضى . ومن ناحية أخرى ، تختلف الإقالة عن الفسخ فى أنه لا يلزم لوقوعها على سبيل الحتم أن يكون قد حصل من أحد طرفى العقد إخلال بالتزاماته . طالما أن الطرفين يرتضيانها . أما الفسخ . فهو بالضرورة جزاء لهذا الإخلال ، كما قدمناه . فى حينه .

٣٣٥ — انعقاد الإقالة :

الإقالة أو التقايل أو التفاسخ لا تعدو أن تكون عقداً يبرم بقصد إزالة عقد آخر سبق إبرامه بين نفس الأشخاص . واعتباره كأن لم يكن . فلا يلزم من ثم لقيام الإقالة ، بعد توافر الأركان والشروط التى تمليها القواعد العامة لانعقاد العقود بوجه عام ، إلا أن ينصب رضاء طرفيها كليهما [١] . على اعتبار العقد الذى سبق لهما أن أبرماه كأن لم يكن . وأن يكون فى مقدورهما أن يتمشيا مع الغاية التى يقصدانها .

فيلزم بادىء ذى بدء ، للتقايل من العقد . أن تنعقد على ذلك إرادة طرفى هذا العقد كليهما . فلا تكفى إرادة أحدهما [٢] . فما تقيمه الإرادة المشتركة لا تنقضه بحسب الأصل إرادة منفردة .

ويلزم أن تنصب الإرادة المشتركة لطرفى العقد على إزالته من أصله . أى على اعتباره كأن لم يكن أبداً . فلا تعتبر إقالة . مثلا . الاتفاق بين المؤجر

---

(١) وليس معنى قولنا هنا بأنه يلزم لحصول الإقالة اتفاق طرفى العقد على حصولها أن الإقالة لا تحصل إلا من طرفين ، وإنما أردنا مجرد التمشى مع الغالب حصوله فى واقع حياة الناس ، حيث تحصل الإقالة من العقد المبرم بين طرفين باتفاقهما معا ، كالبيع مثلا . فإن أبرم العقد من أطراف متعددة كالشركة والقسمة ، حصلت الإقالة باتفاق هذه الأطراف جميعاً .

(٢) انظر : نقض ٣-٣-١٩٧٦ طعن ٤٢/٢٢٤ ق مجموعة النقض س ٢٧ ص ٥٤٦ رقم ١١١ .

والمستأجر على إنهاء الإيجار قبل فوات المدة المتفق عليها . طالما أن اتفاقهما لا يمس الإيجار فيما مضى من مدته . ولا تعتبر اقالة أن يبيع شخص الشيء الذي سبق له أن اشتراه لنفس من ابتاعه في البدء منه . فذاك مجرد بيع ثان ، وإن كان عكسياً . فالمتعاقدان هنا لا يعتبران أنهما تقابلا البيع الأول . إلا إذا انصب اتفاقهما على اعتباره كأن لم يكن أصلا .

ويلزم التحرز من الخلط بين حصول الإقالة في العقد وإجراء مجرد التعديل فيه . فالإقالة لا تكون إلا حيثما يقتضي العقد الجديد إزالة العقد الأول برمته . أما إذا لم يكن من شأن العقد الجديد أن يزيل العقد الأول . وأمكن له أن يقوم إلى جانبه . وإن غير في بعض أحكامه التي لا تمس أصله وأساسه ، فإننا لا نكون بصدد الإقالة من العقد القديم . وإنما بصدد مجرد إجراء التعديل فيه . ومثال هذه الحالة أن يتفق في عقد البيع على حصول تسليم المبيع أو دفع الثمن في ميعاد مضروب . ثم يأتي الطرفان ويتفقان في تاريخ لاحق على تغيير هذا الميعاد .

وإذا لزم لحصول الإقالة من العقد أن يتفق طرفاه كلاهما على اعتباره كأن لم يكن أصلا . فلا أهمية بعد ذلك لأن يجيء اتفاقهما هذا صريحاً . أو أن يستدل عليه ضمناً من ظروف الحال [1] . شريطة أن تكون تلك

---

(١) انظر نقض ١٩٧٦/٣/٣ المشار إليه في الهامش السابق . وقد جاء في هذا الحكم : « لئن كان الأصل في العقود أن تكون لازمة بمعنى عدم إمكان انفراد أحد العاقدين بفسخ العقد دون رضاء المتعاقد الآخر ، إلا أنه ليس ثمت ما يمنع من الاتفاق بينهما على رفع العقد والتقايل منه . وأياً ما كان الرأي في طبيعة هذا الاتفاق ، وهل يعد تفاسخاً أو إبراماً لعقد جديد ، فإنه كما يكون بإيجاب وقبول صريحين ، يصح بإيجاب وقبول ضمنيين بعدم تنفيذ العقد . وبحسب محكمة الموضوع إذا هي قالت بالتقايل الضمني أن تورد من الوقائع والظروف ما اعتبرته كاشفاً عن إرادتي طرفي العقد . وأن تبين كيف تلاقت هاتان الإرادتان على حل العقد (استخلصت محكمة الموضوع ، في واقعات النزاع المعروض ، تقايل ايجار حديقة من عدم تنفيذه مدة طويلة) » .
وانظر في نفس الاتجاه وبنفس العبارة : نقض ١٩٦٧/٢/١٦ طعن ٣٣/٦١ق مجموعة النقض س ١٨ ص ٣٩٤ رقم ٥٩ (استخلصت محكمة الموضوع التقايل الضمني في عقد بيع من إنذار وجهة المشتري إلى البائع بأنه لا يقبل الصفقة إلا بنصف الثمن المتفق عليه في الأصل ، تلاه إنذار من البائع للمشتري بلغه فيه باستعداده للمضي في إجراءات التسجيل وأنه إذا لم يتقدم لذلك فإن العقد يعتبر مفسوخاً . فسكت المشتري ، وأخيراً رفع المشتري دعوى يطالب البائع فيها برد العربون مع التعويض) .

الظروف قاطعه فى الدلالة على حصوله . فالاتفاق على زوال عقد بعد حصوله لا يفترض ولا يتوسع فى تفسير ما يؤدى إليه . واستخلاص قيام الاتفاق الضمنى على الإقالة أمر يدخل فى رحاب الواقع ، ولقاضى الموضوع فيه القول الفصل ، ما دام استخلاصه يقوم على أسباب سائغة قانوناً (١) .

وفضلا عن توافق إرادتى طرفى العقد على إزالته واعتباره كأن لم يكن أصلا ، يلزم ، لحصول الإقالة ، أن يكون فى مقدور الطرفين التمشى فعلا وواقعاً مع الغاية التى يستهدفانها منها ، والتى انعقد قصدهما المشترك على تحقيقها . تلك الغاية التى تتمثل فى إزالة العقد وما يتبعه من إعادة طرفيه إلى الحالة التى كانا عليها عند إبرامه . فإذا كانت إعادة المتعاقدين إلى الحالة

---

(١) انظر : نقض ١٩٧٦/٣/٣ السابقة الإشارة إليه — نقض ١٩٤٨/٤/١٥ ، مجموعة عمر ج ٥ ص ٦٠١ رقم ٣٠٢ — نقض ١٩٦٩/١/٢ طعن ٤٣/٤٧٢ ق مجموعة النقض س ٢٠ ص ٧ رقم ٢ (بعد أن بين الحكم أن استخلاص نية العاقدين فى وقوع التفاسخ الضمنى يدخل فى سلطة قاضى الموضوع التقديرية طالما ينبنى على أسباب سائغة ، وصل إلى أن استخلاص التفسخ مع استمرار تمسك الطرفين بالعقد دون أن يدعى أحدهما حصول التفاسخ يتمثل فساداً فى الاستدلال مما يوجب نقض الحكم المطعون فيه) .

وقارن نقض ١٩٧٤/١١/٢١ طعن ٣٩/٨٢ ق مجموعة النقض س ٢٥ ص ١٢٥٤ رقم ٢١٣ . وتتحصل واقعات النزاع الذى صدر فيه الحكم فى أنه ، فى عقد بيع ، رفع المشترى على البائعين دعوى بالفسخ والتعويض تأسيساً على إخلالهم بالتزاماتهم ، فقابل البائعون تلك الدعوى بدعوى فرعية بالفسخ واستحقاقهم العربون تأسيساً على إخلال المشترى بالتزاماته هو ، مدعين أنهم قد أوفوا هم بالتزاماتهم . قضت محكمة الموضوع (محكمة الاستئناف) بفسخ البيع تأسيساً على تلاقى إرادة المشترى والبائعين على الفسخ . وقد باركت محكمة النقض هذا القضاء رافضة الطعن بالنقض الموجه ضده . وهذا الحكم من محكمتنا العليا يبدو لنا غير سديد ، وكان يتعين عليها نقض الحكم المطعون فيه لفساد الاستدلال . ذلك لأن إرادة الطرفين لم تتلاقيا فى الحقيقة . فإذا كان كل منهما قد طلب الفسخ ، إلا أنه قد طلبه تأسيساً على سبب مغاير بل مناقض للسبب الذى أسس الآخر طلبه عليه . فلسنا هنا بصدد تفاسخ أو تقايل يقوم على توافق الارادتين ، وإنما بصدد دعوين بالفسخ عن عقد واحد . وكان خليقاً بالمحكمة أن تنظر فى كل دعوى ، حتى إذا ما تبينت إخلال المدعى عليه فيها بالتزاماته ، حالة أن المدعى غير مخل بالتزاماته هو ، جاز لها أن تقضى لمصلحته بالفسخ مع التعويض على حساب غريمه . أما إذا تبينت أن الإخلال بالالتزامات متبادل بين الطرفين كليهما ، بمعنى أن كلا منهما مخل بما يوجبه العقد عليه ، قضت برفض الفسخ لعدم تكامل كل شروطه .

التى كانا عليها عند إبرام العقد تعذره لسبب أو لآخر ، فإن الإقالة من هذا العقد تقع باطلة لاستحالة محلها . وهذا ما دعا الفقه الإسلامى إلى أن يشترط لحصول الإقالة من العقد أن يكون المعقود عليه قائماً وموجوداً فى يد أحد العاقدين . فإن هلك أو تلف أو حصل التصرف فيه للغير ، ما جازت الإقالة أو ما سرت فى حق الغير على حسب الأحوال . فإن هلك أو تلف أو حصل التصرف فى بعض المعقود عليه ، جازت الإقالة فى الباقى بقدر حصته من المقابل [1] . وإذا كان قانوننا المدنى المصرى لم يتضمن مثل هذا الشرط ، حيث إنه لم يعرض لتنظيم الإقالة أصلا ، إلا أنه يتعين الأخذ به تحت ظله ، لأنه لا يعدو أن يكون تطبيقاً للقواعد القانونية العامة . ففى البيع ، مثلا ، يلزم أن يكون المبيع قائماً وباقياً فى يد البائع أو المشترى عند الاتفاق على الإقالة . ولكن لا يمنع من إمكان الاتفاق على الإقالة أن يتلف بعض المبيع أو أن يحصل التصرف فيه ، حيث تقع الإقالة فى الباقى بقدر حصته من الثمن [2] . أما إذا قبض المشترى الثمن وضاع منه ، فإن ذلك لا يحول دون الإقالة ، إذ أن المثليات لا تهلك .

٣٣٦ — أثر الإقالة :

يتركز أثر الإقالة فى إزالة العقد . والأصل أنها تزيل العقد ، لا بالنسبة إلى المستقبل فحسب ، بل بالنسبة إلى الماضى أيضاً ، شأنها فى ذلك شأن الفسخ . فيعتبر العقد الذى حصلت إقالته كأن لم يبرم أصلا [3] . بيد أن

---

(١) وقد تقنن هذا الحكم الإسلامى فى القانون العراقى (المادة ١٧٦ و ١٧٧) ، وفى القانون الأردنى (المادة ٢٤٤) ، وأخيراً فى القانون المدنى الكويتى (المادة ٢١٧) .

(٢) ولا ينبغى أن يفهم مما سقناه فى المتن أن الإقالة لا تكون إلا فى عقود المعاوضات ، فيمكن لها أن ترد فى شأن عقود التبرع كذلك ، سواء أكانت كلية أو جزئية .

(٣) انظر تمييز الكويت ١٩٧٤/١/٣٠ ، طعن رقم ١٩٧٣/١٠ تجارى . وقد جاء فى هذا الحكم أن التقايل يأخذ حكم الفسخ وأثره ، فينحل العقد فيما بين المتعاقدين بأثر رجعى ويعاد هذان إلى الحالة التى كانا عليها قبل العقد .

وقارن نقض مصرى ١٩٦٦/٤/٧ طعن ٣٢/٢٣٢ ق مجموعة النقض س ١٧ ص ٨٢٥ رقم ١١٢ . وقد جاء فى هذا الحكم أن « التفاسخ . . . لا يكون له أثر رجعى له إلا =

هذا الأثر الرجعى للإقالة ، لا يكون إلا فى العلاقة بين العاقدين نفسيهما والخلف العام لكل منهما ودائنيهما . أما بالنسبة إلى غير هؤلاء . فالإقالة لا يكون لها أثر . إلا بالنسبة إلى المستقبل فحسب . منعاً للإضرار بهم [1] . فإذا باع شخص لآخر داراً . مثـــلا . ثم بعد ذلك اتفقا على الإقالة . اعتبر البيع كأن لم يقع أصلا . فى العلاقة بين البائع والمشترى . ولكن بالنسبة إلى الغير . فإن البيع يعتبر أنه لم يمس . كل ما هنالك أنه . بمقتضى الإقالة . يعتبر الطرفان أنهما اتفقا على بيع عكسى . أى اتفقا على أن يبيع المشترى الدار من جديد إلى البائع بنفس الثمن . ويترتب على اعتبار الإقالة عقداً جديداً . بالنسبة إلى غير العاقدين . نتائج عملية هامة . فلو أن مشترى الدار : مثلا . قد رهنها بعد شرائه إياها . ثم تمت إقالة البيع ، فإنها لا تؤثر فى حق الرهن . وتعود الدار إلى مالكها القديم محملة به .

= إذا اتفق الطرفان على ترتيب هذا الأثر له » . وهذا الذى قاله الحكم ليس صحيحاً ، إذا قصد من التفاسخ الإقالة [illegible] العقد بالمعنى الذى نقصده من دراستنا لها فى المتن ، أى بمعنى إزالة العقد من أصله واعتباره كأن لم يكن أبداً . ولكن محكمتنا العليا ، شأنها فى ذلك شأن محكمة الموضوع المطعون فى حكمها ، استعملت هنا اصطلاح « التفاسخ » فى معنى إلغاء العقد للمستقبل دون مس بما تم من تنفيذه فى الماضى ، وذلك فى عقد توريد أغذية لبعض المدارس ، تنفذ فى بعض مدته ، ثم مرض المتعهد ، فطلب إعفاءه من الاستمرار فى التوريد ، ووافقت مديرية التعليم على إعفائه . ومحكمتنا العليا ، إذ تستعمل هنا اصطلاح «التفاسخ » فى المعنى الذى بيناه، يتمثل قضاؤها سليم. تماما إذ أننا لسنا هنا بصدد الإقالة بمعنى إزالة العقد من الوجود واعتباره كأن لم يكن ، وإنما بصدد إنهاء للعقد وإلغائه للمستقبل فحسب .

(١) اختلف فقهاء المسلمين فى تكييف الإقالة . فذهبت المالكية وأهل الظاهر إلى أن الإقالة عقد جديد ، وليست فسخاً للعقد الأول ، وذلك بالنسبة إلى العاقدين والغير على حد سواء . وقال الحنابلة ، ومعهم أهل الشيعة الأمامية ، إن الاقالة فسخ اتفاقى بالنسبة إلى الجميع . وبشر فريق ثالث من فقهاء الشرع الأغر ، يتمثل فى الحنفية ، بأن الاقالة لها طبيعة مزدوجة فهى فسخ اتفاقى بالنسبة إلى العاقدين ، وعقد جديد بالنسبة إلى الغير . وإلى هذا الرأى الأخير انحاز القانون المدنى العراقى (المادة ١٨٣) ومن بعده القانون المدنى الكويتى (المادة ٢١٨) .

الفصل الرابع

الدفع بعدم التنفيذ

٣٣٧ – تكلمنا ، في الفصول الثلاثة السابقة ، في الفسخ والانفساخ والتقايل أو التفاسخ أو الإقالة . وهي أمور تؤدى كلها إلى حل الرابطة العقدية نهائياً ، وبأثر يمتد ، بحسب الأصل ، إلى يوم إبرامها . أما في هذا المبحث فنتناول نظاماً جديداً ، ليس من شأنه أن يؤدى إلى حل الرابطة العقدية نهائياً ، ولكنه يضعفها فقط ، وبصفة مؤقتة ، فهو يوقف تنفيذ الالتزامات الناشئة من العقد على أحد طرفيه ، دون أن يزيلها . هذا هو نظام « الدفع بعدم التنفيذ » .

٣٣٨ – ومؤدى الدفع بعدم التنفيذ Exceptio non adempliti contractus أنه في العقود التبادلية ، أي الملزمة للجانبين ، يسوغ لكل من العاقدين أن يمتنع عن الوفاء بالالتزامات التي يفرضها العقد عليه ، ولو كانت حالة الأداء ، إلى أن يقوم العاقد الآخر بأداء التزاماته ، أو يعرض في الأقل ، أداءها ، مادامت هذه الالتزامات الأخيرة حالة الأداء بدورها .

والدفع بعدم التنفيذ وسيلة دفاعية ، وليست هجومية . فهو ، كما يدل عليه اسمه ، دفع ، وليس دعوى . وهو وسيلة دفاعية يقررها القانون للعاقد الذي يكون ، في نفس الوقت ، دائنا ومدينا للعاقد الآخر ، ويخوله بمقتضاها الحق في أن يدفع مطالبة غريمه بالدين الذي له عليه ، حتى يفي هذا الغريم بدوره بما عليه له . والفكرة الأساسية التي يقوم عليها الدفع بعدم التنفيذ هي أنه : «إذا أردت أن تأخذ مالك ، فعليك أن تفي بما عليك ، فلا عهد لمن لا عهد له» .

٣٣٩ – والدفع بعدم التنفيذ ، على خلاف ما قد توحى به تسميته اللاتينية التي اشتهر بها ، ليس من خلق القانون الروماني ، وإنما هو من خلق القانون الكنسي الذي صاغه بعبارة : « لا يراعى عهد من لا عهد له » .

ولم ينص القانون الفرنسى على الدفع بعدم التنفيذ . وهو مع ذلك مسلم فيه ، قضاء وفقها ، اعتباراً بأنه مجرد تطبيق للقواعد العامة فى نظرية السبب . وقد لجأت المدونات القانونية الحديثة إلى النص عليه صراحة [١] .

وجاء القانون المصرى ينص بدوره عليه . وذلك فى المادة ١٦١ . التى تقضى بأنه : « فى العقود الملزمة للجانبين . إذا كانت الالتزامات المتقابلة مستحقة الوفاء . جاز لكل من المتعاقدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ ما التزم به » . وهذا نص مستحدث فى قانوننا الحالى . فلم يكن له مقابل فى قانوننا القديم [٢] .

٣٤٠ — وأساس الدفع بعدم التنفيذ . وفقاً للرأى السائد فى الفقه . هو فكرة السبب . اعتباراً بأنه لا يسوغ إجبار المتعاقد على الوفاء بالالتزام الذى فرضه العقد عليه . قبل أن يتحقق الغرض الذى سعى هو إليه ، عندما تعهد به . ومن هنا كان الأصل . فى العقود التبادلية . أو الملزمة للجانبين . هو تعاصر التنفيذ . أى أن الالتزامات المتقابلة الناشئة عنها تتنفذ فى وقت واحد .

وأياً ما كان وجه الصحة فى الرأى السائد الذى يرجع أساس الدفع بعدم التنفيذ إلى نظرية السبب . فهذا الدفع يتمشى مع ذات طبيعة العقود التبادلية أو الملزمة للجانبين . من حيث إنها تقتضى ارتباط تنفيذ الالتزامات الناشئة عنها على وجه التبادل [٣] .

---

(١) وهذا هو الشأن فى القانون الألمانى (المادة ٣٢٠) . وقانون الالتزامات السويسرى (المادة ٨٢) . ومدونة الالتزامات والعقود المغربية (المادة ٢٣٤ و ٢٣٥) ، والقانون العراقى (المادة ٢٨٠) ، والقانون السورى (المادة ١٦٢) . والقانون الليبى (المادة ١٦٣) والقانون المدنى الكويتى (المادة ٢١٩) .

(٢) وبرغم عدم وجود نص ، فى قانوننا المصرى القديم يقرر الدفع بعدم التنفيذ كمبدأ عام شامل ، إلا أن فكرته كانت ، تحت ظله ، مسلمة قضاء وفقها ، اعتباراً بأنها لا تعدو أن تكون مجرد تطبيق للقواعد القانونية العامة . بل إن القانون المصرى القديم نفسه تضمن عدة تطبيقات تشريعية للدفع بعدم التنفيذ (راجع المواد ٢٧٤/٣٤٥ و ٢٧٩/٣٥٠ و ٣٣١/٤١١) .

(٣) وإيضاحاً لهذه الفكرة ، جاء فى المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى (ج ٢ ص٣٣٣) ما يلى : « فن الأصول التى يقوم عليها نظام العقود الملزمة للجانبين ارتباط تنفيذ =

٣٤١ — شروط التمسك بالدفع بعدم التنفيذ :

يلزم لثبوت الحق فى التمسك بالدفع بعدم التنفيذ ، توافر الشروط الآتيــة :

١ — يلزم أن نكون بصدد عقد تبادلى ، أى ملزم للجانبين ، كالبيع والإيجار . فنى العقود الملزمة لجانب واحد ، كالهبة ، لا يكون للدفع بعدم التنفيذ مجال . وهذا أمر واضح تقتضيه طبيعة هذا الدفع ذاتها . فأساس دفعنا التقابل بين الالتزامات على طرفى العقد [١] . وبشرط أن يكون هذا التقابل قائماً فى ذات العقد الواحد [٢] .

= الالتزامات المتقابلة فيها على وجه التبادل أو القصاص . فإذا استحق الوفاء بهذه الالتزامات ، فلا يجوز تفريعاً على ما تقدم ، أى يجبر أحد المتعاقدين على تنفيذ ما التزم به ، قبل قيام المتعاقد الآخر بتنفيذ الالتزام المقابل . وعلى هذا الأساس يتعين أن تنفذ الالتزامات المتقابلة فى وقت واحد . ويجوز الاستعانة بإجراءات العرض الحقيقى لمعرفة المتخلف عن الوفاء من المتعاقدين . فلكل من المتعاقدين إزاء ذلك أن يحتبس ما يجب أن يوفى به ، حتى يؤدى إليه ما هو مستحق له . وهو باعتصامه بهذا الحق أو الدفع ، إنما يوقف أحكام العقد ، لا أكثر . فالعقد لا يفسخ فى هذه الصورة ، ولا تنقضى الالتزامات الناشئة عنه على وجه الإطلاق . بل يقتصر الأمر على وقف تنفيذه . وهذا هو الفارق الجوهرى بين الفسخ والدفع بعدم التنفيذ » .

(١) انظر : نقض ١٤/٤/١٩٥٥ ، مجموعة النقض س ٦ ص ٩٦٩ رقم ١٢٦ . وقد جاء فى هذا الحكم أن استخلاص التقابل بين الالتزامات ، الذى هو مناط التمسك بالدفع بعدم التنفيذ ، من سلطة قاضى الموضوع التقديرية طالما قام على أسباب سائغة . وانظر أيضاً : نقض ٢٢/٢/١٩٧٧ طعن ٢٩١/٤٢ق مجموعة النقض س ٢٨ ص ٥٠٥ رقم ٩٦ .

(٢) انظر : نقض ٢٢/٢/١٩٧٧ المشار إليه فى الهامش السابق . وتتلخص واقعات النزاع التى صدر فيها الحكم فى أن شخصاً باع لأخرى حصة شائعة فى عقار يملكه ، وأجر لها باقى حصته . رفعت المشترية دعوى صحة ونفاذ البيع على الحصة التى اشترتها مستندة إلى أنها دفعت كامل الثمن المتفق عليه . دفع البائع الدعوى تأسيساً على أن المشترية لم تدفع له أجرة الحصة التى استأجرتها . رفضت محكمة الموضوع الدفع بعدم التنفيذ تأسيساً على أنه لا يكون إلا عند التقابل بين الالتزامات الناشئة من عقد واحد . وقد باركت المحكمة العليا بحق قضاء محكمة الموضوع . وجاء فى حكمها أنه : « يبين مما أورده الحكم (المطعون فيه) إن ما استخلصه من عبارات الاتفاق المبرم بين الطرفين انه اشتمل على عقدين ، أحدهما عقد بيع والآخر عقد إيجار ، وان كلا منهما استوفى أركانه القانونية ومستقل عن الآخر ، ورتب على ذلك أنه ، وقد ثبت أن المشترية قامت بتنفيذ التزامها فى عقد البيع ، فإنه يتعين على البائع أن يوفى بالتزامه فى هذا العقد ، وليس له أن يتذرع بالدفع =

٢ — يجب أن يكون حق المتعاقد الذى يتمسك بالدفع . وبعبارة أخرى . يجب أن يكون الالتزام المدفوع بأنه لم يتنفذ مستحق الأداء حالا [(١)] . فإذا كان حق المتعاقد مقترناً بأجل لما يحل . فإن الدفع بعدم التنفيذ لا يثبت له . إلى أن يحل . ومثال هذه الحالة ، أن يبيع شخص ماله بثمن آجل ، أى بثمن يستحق فى تاريخ لاحق . ثم يجيء المشترى فيطالب البائع بتسليم المبيع ، فلا يحق هنا للبائع أن يمتنع عن تنفيذ التزامه بالتسليم . أى لا يحق له أن يحبس المبيع . طالما أن الأجل الذى منح للمشترى لم يحل بعد .

وكون حق من يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ . وبعبارة أخرى . الالتزام المدفوع بأنه لم يتنفذ . واجب الأداء حالا هو الشرط الجوهرى الهام لإعمال الدفع . والحكمة منه واضحة . فالدفع بعـــدم التنفيذ يقوم فى أساسه على فكرة أن لا يحق للشخص أن يطالب بما له ، طالما أنه مخل بأداء ما عليه . فإذا كان الالتزام المدفوع بعدم تنفيذه مقترناً بأجل لما يحل ، فلا يمكن أن نعتبر المدين به مخلا . ثم إن الدفع بعدم التنفيذ وسيلة غير مباشرة لإجبار المتعاقد . الذى يوجه ضده الدفع . على الوفاء بالدين الذى عليه . فإذا كان هذا الدين مقترناً بأجل لم يحل بعد ، كان الدفع بعدم تنفيذه . باعتباره وسيله إجبار على وفائه . غير مقبول . للالتجاء إليه قبل الأوان [(٢)] .

= بعدم التنفيذ استناداً إلى أن المشترية امتنعت عن تنفيذ التزامها فى عقد الإيجار بدفع الأجرة . ذلك أن هذا الالتزام الأخير ... إنما هو التزام يفرضه عقد الإيجار ومستقل عن الالتزامات المتقابلة المترتبة على عقد البيع ... ولما كان ما خلص اليه الحكم سائغاً وليس فيه خروج عن المعنى الظاهر لعبارات الاتفاق .. فإن النعى على الحكم يكون على غير أساس » .

(١) انظر : نقض ٣/٣/١٩٦٦ طعن ٣٢/٦٦ ق مجموعة النقض س ١٧ ص ٥٠٤ رقم ٧٠ – نقض ١٠/٥/١٩٦٦ طعن ٣١/٢٢٤ ق مجموعة أحكام النقض س ١٧ ص ١٠٤٠ رقم ١٤١ .

(٢) وإذا كان اقتران الالتزام بأجل يحول دون التمسك بالدفع بعدم تنفيذه ، فمن باب أولى ، لا يسوغ التمسك بعدم تنفيذ الالتزام ، إذا كان التزاماً طبيعياً ، وليس التزاماً مدنياً . فالالتزام الطبيعى لا جبر فى تنفيذه . وهكذا فلو أن شخصاً باع ، مثلا ، شيئاً ، وسكت عن المطالبة بالثمن ، حتى سقط بالتقادم ، وبعد ذلك رجع المشترى على البائع بالضمان ، ما حق لهذا الأخير أن يدفع المطالبة بعدم تنفيذ التزام المشترى بدفع الثمن .

وإذا كان الأجل الذى يقترن به التزام العاقد الذى يوجه الدفع إليه يحول دون التمسك ضده بالدفع بعدم التنفيذ ، فإنه يستثنى من ذلك الأجل القضائى . أى نظرة الميسرة التى يمنحها القاضى . فنظرة الميسرة التى يمنحها القاضى للمدين لا تمنع دائنه من أن يتمسك فى مواجهته بالدفع بعدم التنفيذ إذا ما طالب الأول الثانى بحقه عليه [١] . فنظرة الميسرة تمنح للمدين لمجرد الرأفة به والتيسير عليه بإمهاله فى الوفاء . فليس له أن يستغلها بالمبادرة بطلب حقه متذرعاً بإرجاء أداء ما عليه ، وإلا كان ذلك منه تجافياً لمقتضيات حسن النية الذى يوجبه القانون فى تنفيذ العقود (المادة ١/١٤٨) وخروجاً عن روح نظرة الميسرة .

٣ — ولا يكفى . لثبوت الحق فى التمسك بالدفع بعدم التنفيذ . أن يكون حق من يتمسك به مستحق الأداء حالا . بل يلزم . فضلا عن ذلك . ألا يكون المتعاقد مجبراً . بمقتضى العقد أو القانون أو العرف أو العادة ، على أن يقوم هو بتنفيذ التزامه أولا . فالأصل أن تتنفذ التزامات العاقدين المتقابلة فى نفس الوقت . إعمالا لفكرة إعط وخذ . ولكن إذا اتفق الطرفان على أن يبدأ أحدهما بتنفيذ التزامه . أو قضى بذلك القانون أو العرف أو العادة . ما ساغ لهذا المتعاقد أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ . لأن مؤدى تمسكه به أن يطلب أن يؤدى هو التزامه فى نفس الوقت الذى يقوم فيه غريمه بأداء التزامه . فى حين أنه ملتزم بأن يبدأ هو بتنفيذ ما عليه [٢] .

وإذا كان التزام المتعاقد بأن يبدأ هو بتنفيذ التزامه يحرمه من التمسك بالدفع بعدم التنفيذ . فإن روح هذا النظام يقتضى أن يكون ثمة فترة طويلة نسبياً بين تنفيذ الالتزامين . تخضع فى تحديدها *لتقدير قاضى الموضوع* . فلا يكفى مجرد الترتيب الزمنى . إذا كان لا يحول دون تعاصر التنفيذ .

---

(١) انظر : السنهورى ، الوسيط ج ١ نبذة ٤٩٥ .

(٢) انظر : نقض ١٩٦٨/١٢/١٠ طعن ٣٤/٥٠٥ ق ، مجموعة النقض س ١٩ ص ١٥٠٤ رقم ٢٢٩ — نقض ٦٦/٣/٣ مجموعة النقض س ١٧ ص ٥٠٤ رقم ٧٠ — نقض ٦٦/٥/٣١ مجموعة النقض س ١٧ ص ١٢٧٩ — نقض ١٩٦٦/١٢/٢٩ مجموعة النقض س ١٧ ص ٢٤٥ .

٣٤٢ — تلك هى الشروط التى يلزم توافرها لثبوت الحق فى التمسك بالدفع بعد التنفيذ .

بيد أن الحق فى التمسك بهذا الدفع . شأنه فى ذلك شأن أى حق آخر غيره . يتقيد فى استعماله بقاعدة عدم جواز إساءة استعمال الحق [١] (المادة ٥) وبقاعدة وجوب تنفيذ العقد على نحو ما يقتضيه حسن النية (المادة ١/١٤٨) . وهكذا فلا يسوغ التمسك بالدفع بعدم التنفيذ على وجه يتعارض مع وظيفته الاجتماعية . ومع ما يجب أن يسود التعامل من شرف ونزاهة وحسن نية . وعلى الأخص . لا يسوغ التمسك به إذا كان المتعاقد الآخر قد قام بالوفاء بالجزء الأكبر مما عليه . ولم يبق منه إلا قليل ضئيل . لا يتمشى مع العدالة ولا مع نزاهة التعامل الاعتصام وراء عدم أدائه . لامتناع الدائن عن وفاء ما عليـــه . أو فى الأقل . يمتنع على الدائن هنا التمسك بالدفع بعدم التنفيذ . إلا فى حدود حصة من التزامه تقابل ما بقى من حقه من غير وفاء [٢] .

٣٤٣ — كيفية التمسك بالدفع بعدم التنفيذ :

تبينا . فيما سبق . الشروط اللازم توافرها لثبوت الحق فى التمسك بالدفع بعدم التنفيذ . والفرض أن هذه الشروط قد توافرت كلها ، ومن ثم فقد ثبت للمتعاقد التمسك بالدفع . وعلينا هنا أن نحـــدد طريقة هذا التمسك .

---

(١) انظر نقض ١٠/٥/١٩٦٦ طعن ٣١/٢٢٤ق مجموعة النقض س ١٧ ص ١٠٤٠ رقم ١٤١ .

(٢) وقد تضمن المشروع التمهيدى فقرة ثانية للمادة ٢٢٢ منه . التى أصبحت المادة ١٦١ من القانون ، تصرح بهذا الحكم . فقد جاءت هذه الفقرة تقول : « على أنه لا يجوز للمتعاقد أن يمتنع عن تنفيذ التزامه ، إذا كان مالم ينفذ من الالتزام المقابل ضئيلا بحيث يكون امتناعه عن التنفيذ غير متفق مع ما يجب توفره من حسن النية » . وقد حذفت هذه الفقرة ، فلم تأت فى القانون ، بسبب ما رؤى من أنها « تطبيق لنظرية التعسف فى استعمال الحق » . انظر المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، ج ٢ ص ٣٣٤ .

والدفع بعدم التنفيذ . كما يدل عليه اسمه . وكما سبق لنا أن بيناه ، وسيلة دفاعية وليست هجومية . ومؤدى ذلك أن المتعاقد لا يتمسك به إلا إذا طولب بما عليه . حيث يسوغ له هنا أن يدفع المطالبة بعدم أداء ما له .

وللمتعاقد أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ . سواء أطولب بأداء ما عليه ودياً أم قضائياً . فإذا طولب ، خارج ساحة المحكمة . بأداء ما عليه . فتمسك بعدم تنفيذ ما له . بل حتى لو كان له الحق فى ذلك . ولم يتمسك به إلا فيما بعد . فإنه لا يعتبر مخلا بالتزامه . وما ترتبت عليه المسئولية [١] .

والتمسك بالدفع بعدم التنفيذ حتى يثبت لكل من المتعاقدين . فكل منهما يترخص فى استعماله . أو فى عدم استعماله . ولا يسوغ للقاضى أن يأخذ به من تلقاء نفسه . فالقاضى يجيب المتعاقد الذى يتمسك بالدفع إلى وقف تنفيذ التزامه . إلى أن يفى غريمه بما يجب عليه . ولكنه لا يحكم بذلك متطوعاً من تلقاء نفسه .

على أن الذى يجوز له أن يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ هو المتعاقد الذى لم يوف له بحقه . فليس للغير أن يتمسك بهذا الدفع . فلا يجوز ، مثلا . فى دعوى صحة ونفاذ عقد البيع . الدفع بعدم تنفيذ المشترى لالتزامه بدفع الثمن إلا للبائع . فلا يجوز هذا الدفع لمشتر ثان بغية الوصول إلى ثبوت الملكية له دون المشترى الأول [٢] .

والتمسك بالدفع بعدم التنفيذ لا يتصل بالنظام العام . فلا يوجد ثمة ما يمنع من اشتراط امتناعه على أحد العاقدين . أو على كليهما . كما لا يوجد

(١) ولا يوجد هناك ما يمنع المتعاقد من التمسك بعدم تنفيذ ماله ، فى صورة إشكال فى التنفيذ بالحق الذى عليه . ويحصل ذلك إذا كان العقد رسمياً ، وأريد التنفيذ بمقتضاه . إما إذا أريد إجراء التنفيذ بمقتضى حكم واجب النفاذ ، فإننا لا نرى إمكان إيقاف هذا التنفيذ عن طريق مجرد التمسك بالدفع ، لأن فى ذلك مساساً بحجية الأمر المقضى .

(٢) انظر : نقض ١٩٦٧/١٢/٢٨ طعن ٣٤/٢٦٠ ق مجموعة النقض س ١٨ ص ١٩٣٢ رقم ٢٩٢ . وقد جاء فى هذا الحكم أنه « لا يجوز لغير البائع أن يدفع دعوى صحة التعاقد بتخلف المشترى عن الوفاء بالتزامه بدفع الثمن ، لأن هذا الدفع هو بذاته الدفع بعدم التنفيذ ، ولا يقبل إلا من المتعاقد الآخر . فإذا كان البائع لم يطعن فيما قضى به الحكم المطعون فيه من اعتبار العرض =

ثمة ما يمنع من نزول المتعاقد عن مباشرته صراحة أو دلالة . طالما أن الدلالة قاطعة .

٣٤٤ — أثر الدفع بعدم التنفيذ :

يتركز أثر الدفع بعدم التنفيذ فى وقف تنفيذ التزام المتعاقد الذى يتمسك به . والمقابل للالتزام المدفوع بعدم تنفيذه . وذلك إلى حين أداء هذا الالتزام الأخير . أو إلى أن يعرض أداءه عرضاً قانونياً صحيحاً [١] . فى عقد البيع . مثلا إذا طولب المشترى بدفع الثمن . فدفع المطالبة بعدم تنفيذ البائع التزامه بتسليم المبيع . أو التزامه بالضمان . ترتب على هذا الدفع إيقاف تنفيذ التزام المشترى بدفع الثمن . إلى أن يؤدى البائع التزامه . أو يعرض أداءه عرضاً قانونياً سليما متفقاً مع ما تقضى به المادة ٣٣٩ مدنى .

وإذا كان أثر الدفع بعدم التنفيذ يتركز فى إيقاف تنفيذ التزام من تمسك به . إلى حين الوفاء بالحق الذى له . فإنه لا يتجاوز هذا الحد . فدفعنا هذا لا يمس الالتزام فى ذات وجوده . ومن باب أولى . هو لا يمس العقد

= والإيداع الحاصلين من المشترى صحيحين وما رتبه على ذلك من اعتبار الإيداع مبرئاً لذمة هذا المشترى من الثمن ، فإنه لا يقبل من الطاعن — وهو مشتر ثان — الطعن على الحكم المطعون فيه فى هذا الخصوص مادام البائع قد ارتضاه ولم يطعن فيه » .

(١) ويلاحظ أنه . وفقاً لما هو مستقر فى فقه القانون الإدارى ، لا يجوز ، فى مجال العقود الإدارية ، التمسك بالدفع بعدم التنفيذ للمتعاقد مع جهة الإدارة . وإن كان ذلك يقع جائزاً لجهة الإدارة نفسها . فالمتعاقد مع جهة الإدارة لا يستطيع أن يمتنع عن أداء التزاماته ، تأسيساً على أن جهة الإدارة قد تقاعست عن الوفاء بالتزاماتها نحوه ، ما لم يترتب على هذا التقاعس صيرورة التزاماته هو مستحيلة الأداء . وعلة هذا الحكم واضحة . فالمصلحة العامة تأبى أن يتعطل أو يتأخر تسيير المرفق العام ، لمجرد أن المتعاقد مع الإدارة لم يستوف حقه فى ميعاده ، سيما وأن جهة الإدارة تتسم عادة باليسر والاقتدار فى أداء التزاماتها . بل إن مراعاة المصلحة العامة . وتغليبها ، عند التعارض مع المصلحة الخاصة ، جعلت الفكر القانونى ، فى تنظيمه للعقد الإدارى ، ينظر إلى المتعاقد مع الإدارة ، لا على أنه مجرد متعاقد عادى ، بل على اعتبار أنه ، إلى جانب صفته التعاقدية ، يؤدى واجب التعاون مع الإدارة فى تسيير المرفق العام . وإذا كان السائد فى الفكر القانونى هو منع المتعاقد مع جهة الإدارة من التمسك بالدفع بعدم التنفيذ إلا أننا نجد بعضاً من الفقهاء يمنحونه التمسك به ، إذا لم يكن فى ذلك تعطيل لسير المرفق العام . (راجع : سليمان الطماوى ، العقود الإدارية طبعة ٣ ص ٥٦٤) .

فى كيانه . بخلاف الفسخ والانفساخ أو الإقالة .

وليس معنى قولنا إنه يترتب على الدفع إيقاف تنفيذ التزام من يتمسك به أنه يجب على القاضى أن يرفض بالضرورة دعوى الدائن . وإنما يسوغ له أن يقضى للمدعى بحقه . برغم تمسك المدعى عليه بعدم تنفيذ ما يجب له . بشرط أن يتضمن قضاؤه أداء الالتزامين المتقابلين معاً .

ويلاحظ أن تمسك المتعاقد بالدفع بعدم التنفيذ لا يمنعه أن يطلب فسخ العقد . والعكس صحيح .

كما أنه يلاحظ أيضاً أن امتناع المتعاقد الذى يتمسك بالدفع بعدم التنفيذ عن أداء التزامه إلى أن يفى غريمه بما عليه نحوه . هو حق له . طالما أن شروط الدفع متوافره . ومن ثم فهو لا يعتبر مقصراً . بل إن امتناعه عن تنفيذ التزامه هنا لا يرفع عن غريمه وصمة التقصير فى أداء التزامه هو . إن كانت . ويترتب على ذلك أن الاعتصام وراء الدفع بعدم التنفيذ . لا يمنع العاقد من أن يطالب غريمه بالتعويض إذا كان هو المقصر فى الوفاء بالتزامه [١] .

٣٤٥ — الدفع بعدم التنفيذ والحق فى الحبس :

رأينا أن مقتضى الدفع بعدم التنفيذ . أن يثبت للمتعاقد . فى العقود الملزمة للجانبين . إذا ما طولب بأداء ما عليه . أن يمتنع عن أدائه . حتى يوفى له غريمه بالحق الذى له . وإذا كان محل التزام المتعاقد الذى يتمسك بالدفع هو تسليم شىء . كما إذا طالب المشترى البائع بتسليم المبيع . فدفع البائع المطالبة بعدم أداء المشترى المستحق عليه حالا من الثمن . كان من مؤدى الدفع بعدم التنفيذ . أن يحبس المتعاقد فى يده الشىء الملتزم بتسليمه . وهذا ما يطلق عليه « الحق فى الحبس » .

---

(١) انظر فى ذلك : تمييز الكويت ١٩٧٧/١١/٣٠ ، طعن رقم ١٩٨٥/١٤ تجارى . وقد جاء فى هذا الحكم أنه إذا أخل العاقد بالتزامه . كان للعاقد الآخر أن يدفع بعدم تنفيذ التزامه هو ، مع ثبوت الحق له فى مطالبة غريمه بالتعويض عن إخلاله بالتزامه . دون أن يحاج بأنه هو لم ينفذ التزامه .

وهكذا فالحق فى الحبس يتمثل ، فى بعض صوره ، تطبيقاً للدفع بعدم التنفيذ ، وذلك فى مجال العقود التبادلية . ولكن الحق فى الحبس ، فى صور أخرى له ، أعم وأشمل وأوسع نطاقاً من الدفع بعدم التنفيذ . فهو يثبت حتى خارج نطاق العقود بوجه عام . كما أن الدفع بعدم التنفيذ ، فى نطاق العقود التبادلية ، أعم من الحق فى الحبس . إذ أنه يباشر للامتناع عن كافة الالتزامات وليس فقط عن الالتزام بتسليم شيء [1] .

---

(١) قارن نقض ١١/١١/١٩٦٥ طعن ٣٥٠/٣٠ق مجموعة النقض س ١٨ ص ١٠١٨ رقم ١٥٩ . وقد جاء فى هذا الحكم أن الدفع بعدم التنفيذ « إن هو إلا الحق فى الحبس فى نطاق العقود الملزمة للجانبين » . وهذا القول ليس صحيحاً . إذ أن الدفع بعدم التنفيذ أعم من الحق فى الحبس فى نطاق العقود التبادلية كما ذكرنا فى المتن . لأنه يباشر فى خصوص الالتزام بتسليم شيء (الحق فى الحبس) كما يباشر فى خصوص غيره من كافة الالتزامات الأخرى ، كالتزام البائع بالتصديق على عقد البيع العرفى تمهيداً لتسجيله والالتزام بإلقاء محاضرة أو بالتمثيل فى رواية . راجع فى ذلك مؤلفنا : التأمينات الشخصية والعينية طبعة ٢ ص ٢٥٩ هامش (١) .

الباب الرابع

الإرادة المنفردة

٣٤٦ – تكلمنا فيما سبق فى العقد . وهو المصدر الأساسى الغالب لإنشاء الالتزامات . والعقد . كما بينا . يقوم على إرادتين متوافقتين . تلتقيان فى اتجاههما إلى إحداث الأثر القانونى المبتغى . أى على إرادة مزدوجة . وإذا كان للإرادة المزدوجة . التى هى قوام العقد . كل تلك الأهمية فى إنشاء الالتزام . فما هو . فى هذا المجال . دور الإرادة . إذا جاءت منفردة ؟

يقصد بالإرادة المنفردة . كما هو ظاهر . تلك التى تصدر من طرف واحد . من غير أن تتوافق مع إرادة طرف آخر غيره . ولا شك أن الإرادة المنفردة تستطيع فى مجالات كثيرة متفرقة ومتباينة أن ترتب بعض الآثار القانونية . فهى تستطيع . على سبيل المثال . أن تكسب الحق العينى . كما هى الحال فى الوصية والوقف . وأن تزيل الحق العينى . كما هى الحال فى النزول عن هذا الحق . وتستطيع الإرادة المنفردة كذلك أن تنهى بعض العقود . كما هى الحال فى إنهاء الوكالة والرجوع فى الهبة . بل هى تستطيع . عن طريق الطلاق . أن تنهى الزواج الإسلامى . وهو من أكثر الأنظمة خطوة فى المجتمع وأعظمها قداسة .

وإذا كان للإرادة المنفردة أن ترتب بعض الآثار القانونية على نحو ما بيناه . فهل يمتد دورها إلى إنشاء الالتزام ؟ وبعبارة أخرى . هل تعتبر الإرادة المنفردة مصدراً للالتزام ؟

هنا ثار التشكك . والعلة فى ذلك أن النظرية التقليدية العتيقة ترى فى الالتزام رابطة تجمع بين شخصين . هما الدائن والمدين . فكيف إذن لإرادة واحدة أن تنشأه ! هكذا نظر الفكر القانونى إلى دور الإرادة المنفردة . فى مجال الالتزامات . بحذر . ليس فقط بالنسبة إلى إنشائها . بل أيضاً بالنسبة إلى نقلها وتعديلها . بل وحتى بالنسبة إلى انقضائها .

. وإذا كان الفكر القانونى قد نظر إلى دور الإرادة المنفردة فى إنشاء الالتزام بعين الشك والحذر ، فإن مؤدى ذلك بالضرورة أن يثور الخلاف بصددها فى النظم القانونية المختلفة . وهذا ما حدث بالفعل فى الفقه المعاصر الغربى . حيث تتنازعه نظريتان مختلفتان فى أساسهما ، وإن كانتا تتقاربان إلى حد كبير فى نتائجهما . وإحدى هاتين النظريتين قديمة تقليدية ، وهى النظرية اللاتينية أو الفرنسية . وثانيتهما حديثة ، وهى النظرية الجرمانية أو الألمانية .

ونتناول كلا من هاتين النظريتين بإيجاز :

٣٤٧ — النظرية الفرنسية :

وفقاً للنظرية التقليدية العتيقة التى قال بها الرومان من قبل ، والتى يسير عليها القانون الفرنسى ، وما نهج نهجه من قوانين البلاد المختلفة الأخرى ، لا تستطيع الإرادة المنفردة أن تنشىء الالتزام . فالإرادة ، وفقاً لهذه النظرية ، لا تستطيع أن تولد الالتزام ، إلا إذا اقترنت بإرادة أخرى ، أى إلا إذا قام العقد ، فإن بقيت منفردة ، ما أفلحت فى خلقه .

ودعامة هذه النظرية هى الفكرة العتيقة البالية التى تصور الالتزام رابطة بين شخصين : الدائن والمدين . فإذا كان الالتزام رابطة بين شخصين ، فكيف لإرادة أحدهما ، دون إرادة الآخر ، أن تنشأه ! وإذا جاز أن نسمح للإرادة أن تحمل صاحبها عبء الالتزام ، أى أن تجعل منه مديناً ، فكيف لها أن تفرض على آخر أن يكون هو المستفيد من هذا الالتزام ، أى يصير به دائناً !

٣٤٨ — النظرية الألمانية :

تبشر النظرية الألمانية بأنه لا يوجد ، فى المنطق القانونى ، ثمة ما يمنع من أن ينشأ الالتزام بإرادة المدين المنفردة . فالشخص ، كأصل عام ، حر فى أن يحمل نفسه بالدين الذى يرتضيه . وليس معنى ذلك بالضرورة أن من يثبت لمصلحته هذا الدين يجبر على قبوله ، فالشخص لا يرغم على أن يكسب حقاً لا يبتغيه . كل ما هنالك أن يكون الحق قد ثبت فى ذمة المدين ، ثم جاء

الدائن فرفضه . وقد قامت النظرية الألمانية متأثرة بالنزعة الموضوعية فى الالتزام . وقد استهدفت أساساً تغطية بعض الحاجات العملية ، لاسيما حالة الوعد بجائزة الذى يوجه للجمهور عن أداء عمل معين . وقد ساعد فى قيام هذه النظرية أن التقاليد الجرمانية ، بخلاف التقاليد الرومانية ، لا تقف عقبة فى سبيلها .

٣٤٩ — هاتان هما النظريتان اللتان تتنازعان ، فى القانون المعاصر ، تحديد دور الإرادة المنفردة ، باعتبارها مصدراً للالتزام . ويبدو لأول وهلة ، أن الخلاف بينهما جد كبير . وهو كذلك بالفعل ، بالنسبة إلى الأساس القانونى العلمى الذى تقوم عليه كل منهما . ولكننا إذا اقتصرنا على النتائج العملية المترتبة على إعمالها فى مهديهما ، أى تحت ظل كل من القانونين الفرنسى والألمانى ، وجدناهما تقتربان إلى حد كبير ، بحيث يكاد الفارق بينهما أن يكون نظرياً ، لا يتجاوز مجرد التأصيل القانونى .

فمن ناحية النظرية الفرنسية ، فإنه مهما قيل من أن الإرادة المنفردة لا تستطيع أن تخلق بذاتها وبمجردها الالتزام ، إلا أن هناك ، من الناحية العملية ، حالات ينبغى فيها القول بوجود الالتزام . ومن أبرز تلك الحالات ، الإيجاب المقترن بميعاد يتحدد للقبول ، والوعد بجائزة موجه للجمهور . ولم يكن ثمة بد ، أمام ضغط الحاجات العملية ، من أن يقول الفرنسيون بوجود الالتزام فى مثل هاتين الحالتين . كل ما هنالك أنهم لم يؤسسوا نشأته على الإرادة المنفردة ، ولكنهم ردوه إلى العقد .

فبالنسبة إلى الإيجاب المقترن بميعاد محدد للقبول ، قال الفرنسيون إن الموجب يتحمل بالتزام يفرض عليه الإبقاء على إيجابه طوال المدة المحددة . ولكنهم لم يردوا هذا الالتزام ، فى نشأته ، إلى إرادة الموجب المنفردة ، وإنما إلى عقد قائم بينه وبين الموجب له ، اعتباراً بأن الموجب ، حينما يعرض على آخر صفقة ما ، ويترك له أمر التدبر فيها إلى أجل معلوم ، يقدم له إيجابين ، وليس واحداً . أما الإيجاب الأول ، فهو يرد بالنسبة إلى الصفقة ذاتها ، البيع مثلا . وأما الإيجاب الثانى ، فمؤداه أن يلتزم الموجب

بالإبقاء على عرض الصفقة خلال الأجل المضروب . وهذا الإيجاب الثانى يقبل فى الحال . إذ هو يتمحض عن مجرد نفع للموجب له . فعدم التصريح منه برفضه يحمل منه محمل القبول . إذ السكوت يصلح تعبيراً عن الإرادة بالنسبة إلى القبول . إذا كان الإيجاب قائماً عن نفع محض لمن وجه إليه . كما سبق لنا أن بيناه فى حينه . وهكذا يصل الفرنسيون إلى أن الإيجاب المقترن بميعاد للقبول يحمل صاحبه بالالتزام بالإبقاء عليه . طوال المدة المحددة له . وأن أسسوا هذا الالتزام . فى نشأته . على العقد . وبذلك يصبح الخلاف بين القانون الفرنسى . وبين النزعة الأخرى التى تؤسس الالتزام على إرادة الموجب المنفردة . مجرد خلاف نظرى لا يتجاوز التأصيل القانونى .

وبصدد الوعد الموجه للجمهور بجائزة تعطى عن عمل معين . والذى يرد عادة فى الإعلانات التى تلصق على الجدران . أو تنشر فى الصحف . أو تذاع بغير هذا وذاك من طرق الإعلام . فإنه من المتفق عليه فى فرنسا . فقهاً وقضاء . أن الواعد يتحمل بالالتزام بمنح الجائزة لمن يؤدى العمل المطلوب . حتى إذا كان قد أداه بغير نظر إلى الجائزة . بل حتى لو كان قد أداه على جهل منه بحصول الوعد بها . والفرنسيون . هنا أيضاً . يؤسسون الالتزام على العقد . اعتباراً بأن الوعد بالجائزة إيجاب بها . يصادفه القبول ممن يؤدى العمل[1] . وهذا التأصيل لا يصادف كبير صعوبة إذا كان من أدى العمل المطلوب على علم بالجائزة . وأداه ليحصل عليها . ولكن الصعوبة تثور . إذا كان الشخص قد أدى العمل . بغير نظر إلى الجائزة . وعلى الأخص إذا كان قد أداه على جهل بالوعد بها . ومع ذلك فالفرنسيون لم تستوقفهم هذه الصعوبة . فلجأوا إلى القول هنا بافتراض حصول القبول ممن أدى

---

(١) وقد أقرت محكمة النقض المصرية (نقض ١٩٦١/٣/٣٠ مجموعة النقض س ١٢ ص ٢٩٤ رقم ٤٢) النظرية الفرنسية فى خصوص وعد بجائزة أعطى فى ظل قانوننا القديم . وهو وعد وزارة الداخلية بإعطاء مكافأة مقدارها خمسة آلاف جنيه لمن يدلى بمعلومات تؤدى إلى معرفة قاتل أمين عثمان . وأدى بها ذلك إلى القضاء بعدم أحقية من أدلى بتلك المعلومات فى المكافأة ، تأسيساً على أنه أدلى بها قبل إعلان وعد الحكومة بالمكافأة ، الأمر الذى يمنع عمله من أن ينهض قبولا لإيجاب الحكومة بالمكافأة ، اعتباراً بأن القبول يلحق الإيجاب ولا يسبقه .

الفعل [١] . وهو افتراض بادى الاصطناع ، فى الواقع .

وهكذا يصل الفرنسيون إلى تقرير إلزام الوعد بجائزة على أساس العقد . وتصبح النتيجة العملية ، فى هذا الصدد واحدة فى فرنسا ، وفى البلاد التى تأخذ بالإرادة المنفردة كمصدر للالتزام ، أو تكاد تكون واحدة . فالفارق الوحيد ، من الناحية العملية ، هو أن الالتزام ، إذا بنى على الإرادة المنفردة ينشأ من تاريخ صدورها ، أو على الأقل إعلانها . فى حين أنه لو أسس على العقد ، ما تيسر القول بوجوده إلا من التاريخ الذى يثبت فيه صدور قبوله ، أو فى الأقل من التاريخ الذى يفترض فيه صدور هذا القبول . مما سبق يظهر أن القانون الفرنسى ، وإن كان لا يأخذ بالإرادة المنفردة كمصدر منشىء للالتزام ، إلا أنه يسلم بأهم النتائج العملية التى تستهدفها النظرية التى تقول بذلك ، وإن كان يردها إلى أساس آخر ، هو العقد .

وإذا تركنا القانون الفرنسى إلى القانون الألمانى ، وجدناه ، من ناحيته ، وإن كان يسلم بالفكرة القائلة بعدم وجود ثمة مايمنع ، من وجهة المنطق القانونى ، أن يتولد الالتزام عن الإرادة المنفردة ، إلا أنه ، مع ذلك ، لاحظ ، وبحق ، أنه لايمكن أن يترك هذا الباب مفتوحاً على مصراعيه ، دون ما ضابط . ذلك أنه ، فى الكثير من الحالات ، لا نستطيع أن نتحقق مما إذا كانت إرادة الشخص فى التحمل بالتزام معين هى إرادة جادة ونهائية ، أم أنها إرادة صدرت من صاحبها اعتباطاً ، ومن غير أن يكون مصراً فى الحقيقة عليها . من أجل ذلك لم يجعل القانون الألمانى ، من الإرادة المنفردة مصدراً عاماً منطلقاً لإنشاء الالتزامات ، بل جعل منها مصدراً محدوداً واستثنائياً . فهو لم يخول لها القوة فى خلق الالتزام ، إلا فى الحالات الخاصة التى يحددها هو ، وعلى سبيل الاستثناء [٢] .

---

(١) وقد تأثرت مدونة الالتزامات والعقود المغربية بهذه الفكرة ، وقننتها ، فى المادة ١٥ منها ، التى جاءت تقول بأن الوعد الذى يعطى ، عن طريق الإعلانات أو غيره من وسائل الإعلان بمنح جائزة لمن يعثر على شىء ضائع ، أو لمن يجرى عملا معيناً ، يعتبر أنه قد قبل ممن يجد الشىء أو يجرى العمل ، حتى لو حصل منه ذلك على غير علم بالوعد ، ويلتزم صاحب الوعد ، من جانبه بأداء الالتزام الموعود به .

(٢) وفى ذلك تقضى المادة ٣٠٥ من القانون الألمانى بأن إنشاء الالتزام ، عن طريق التصرف القانونى ، لا يكون إلا بمقتضى عقد ، عدا الأحوال التى ينص فيها القانون على خلاف ذلك .

٣٥٠ — الإرادة المنفردة فى القانون المصرى :

لم يتضمن قانوننا المدنى المصرى أى نص يقرر اعتبار الإرادة المنفردة مصدراً عاماً لنشأة الالتزام . ومع ذلك فقد أورد عنوان « الإرادة المنفردة » ، مخصصاً لها فصلا قائماً بذاته ، هو الفصل الثانى من الباب الأول المخصص لمصادر الالتزام ، على نفس المستوى مع العقد الذى أفرد له الفصل الأول ، ومع العمل غير المشروع والإثراء بلا سبب والقانون . حيث أورد أحكامها فى الفصل الثالث والرابع والخامس على التوالى . وكل ما أورده المشرع فى الفصل الثانى المعنون « الإرادة المنفردة » هو مادة وحيدة تعرض فى إيجاز شديد يصل إلى حد الاقتضاب للوعد بجائزة للجمهور . وكان المشروع التمهيدى قد بدأ الفصل المخصص للإرادة المنفردة بمادة تجعل منها مصدراً عاماً لنشأة الالتزام ، شريطة أن يثبت التصرف الذى تقيمه بالكتابة . وتلك هى المادة ٢٢٨ . وقد حذفت هذه المادة « عدولا عن وضع قاعدة عامة تجعل الإرادة المنفردة ملزمة . واكتفاء بالحالات المنصوص عليها فى القانون من أن الإرادة المنفردة تنشىء التزاماً »[١] .

وكان من شأن هذا السلوك من مشرعنا أن ثار الخلاف فى الفقه حول ما إذا كانت الإرادة المنفردة تعتبر مصدراً منشئاً للالتزام أم لا تعتبر . وقد أنكر الأستاذ السنهورى عليها ذلك ، راداً الالتزامات التى تعزى نشأتها إليها إلى القانون مباشرة [٢] . وذلك فى حين أن باقى فقهائنا أجمعوا على اعتبار الإرادة المنفردة مصدراً منشئاً للالتزام ، وإن كان مصدراً محدوداً بالحالات التى يأذن لها فيها القانون نفسه بإنشاء الالتزام بمقتضى نص خاص [٣] .

والحقيقة أن القانون لا يعتبر أبداً مصدراً مباشراً للالتزام . فهو ينزوى دوماً إلى مرتبة المصدر البعيد غير المباشر . وإن ساد القول فى الفقه على

---

(١) راجع مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢٣٨ فى الهامش .

(٢) راجع : السنهورى : الوسيط ج ٢ نبذة ٩٠٧ و ٩٠٨ .

(٣) انظر : حشمت أبو ستيت ، المرجع السابق نبذة ٦٣٧ — أنور سلطان ، المرجع السابق نبذة ٣٩٢ — عبد المنعم الصده ، المرجع السابق نبذة ٣٨٩ — جمال الدين زكى ، المرجع السابق ٢٣٠ .

غير ذلك ، على نحو وصل من الشيوع حداً جعله يطرق أسماعنا على اعتبار أنه حقيقة مسلمة ، فى حين أنه لايعدو أن يكون قولا خادعاً . فالقانون لايقرر أبداً إنشاء الالتزام بطريق مباشر ، وإنما هو يعلق نشأته دوماً على حدوث واقعة يحددها ، بالمعنى الواسع لاصطلاح « الواقعة » ، أى سواء أكانت قائمة على الإرادة أم على مجرد وقوع فعل . فنى مجال العقد ، مثلا ، يعلق القانون نشأة الالتزام على توافق الإرادتين ، فينزوى بذلك إلى مرتبة المصدر البعيد غير المباشر ، لتبرز واقعة توافق الإرادتين باعتبارها المصدر القريب المباشر لنشأة الالتزام . وكذلك الشأن فى الإرادة المنفردة والفعل الضار والفعل النافع . بل إن الالتزامات التى تعزى عادة نشأتها إلى القانون باعتباره مصدرها ، كالالتزام بالنفقة والالتزام بالضريبة والتزامات الجوار ونحوها ، لا تعدو الحقيقة التى نقول بها . فالقانون فيها أيضاً لايعدو أن يكون مصدراً غير مباشر . أما مصدرها المباشر ، فهو ذات الواقعة التى يرتب القانون نشأة الالتزام على حدوثها ، كواقعة الزوجية أوالقرابة بالنسبة إلى الالتزام بالنفقة ، وواقعة الكسب بالنسبة إلى الالتزام بدفع الضريبة للدولة ، وواقعة الجوار بالنسبة إلى مايطلق عليه عادة التزامات الجوار . وكان حرياً بالفكر القانونى ، لوإنه التزم المنطق السليم فى بيان مصادر الالتزام ، أن يجعل واقعة الزوجية أو القرابة وواقعة الكسب وواقعة الجوار وغيرها من كافة الوقائع الأخرى التى يرتب القانون عليها نشأة الالتزام على نفس المستوى مع العقد والإرادة المنفردة والفعل الضار والفعل النافع ، باعتبار هذه الوقائع كلها تتمثل المصدر المباشر لنشأة الالتزام ، لا أن نضع مكانها القانون نفسه ، الذى لايعدو أن يكون المصدر البعيد غير المباشر ، تماماً كما هو المصدر البعيد غير المباشر فى مجال العقد والفعل الضار والفعل النافع . ولكن تعدد الوقائع التى تنشىء الالتزامات فى غير مجال هذه المصادر الأخيرة وتباينها ، إلى حد يتعذر معه حصرها ، جعل مستحيلا على الفكر القانونى أن يسردها ، وهو بصدد بيان مصادر الالتزام وتقسيمها ، جامعاً بينها تحت اصطلاح « القانون » ، وإن كان لايوجد بينها فى الحقيقة جامع على الإطلاق ، اللهم إلا إذا كان ذلك

هو تنوعها وتشتتها إلى حد يتعذر معه تأصيلها ، مع قلة أهميتها النسبية بمقارنتها مع العقد والفعل الضار والفعل النافع .

وإذا كان ماسبق ، وكانت الالتزامات التى تعزى نشأتها إلى الإرادة المنفردة تشترك كلها فى الأساس الذى تقوم عليه ، وهو قيامها على الإرادة الواحدة من شخص بعينه ، وبعبارة أخرى على التصرف القانونى الصادر من جانب واحد . وإن اختلفت بعد ذلك فى الأحكام الأخرى ، فإنه يكون من الأخلق أن نردها فى نشأتها إلى أصلها العام المشترك ، أى إلى الإرادة المنفردة . الأمر الذى ينهض بالإرادة المنفردة إلى مرتبة المصدر المنشىء للالتزام . وهذا الذى وصلنا إليه لايتنافى أبداً مع النهج الذى اتبعه المشرع . بخلاف ماذهب إليه الأستاذ السنهورى . بل يتوافق معه ويتجاوب . فإذا كان صحيحاً أن المشرع لم يخص الإرادة المنفردة ، باعتبارها مصدراً عاماً للالتزام بأى نص يصرح لها بهذه السلطة . إلا أنه اتخذها عنواناً لفصل قائم بذاته من الفصول التى خصص كلا منها لمصدر من مصادر الالتزام . ولايعترض على ذلك بمقولة إن هذا الوضع اقتضاه فى المشروع التمهيدى مابدأ به الفصل المخصص للإرادة المنفردة من إيراد مادة تجعل منها مصدراً عاماً لنشأة الالتزام (المادة ٢٢٨) . وأن هذه المادة حذفت ، فأصبح الشكل بحذفها غير متفق مع المضمون [١] . إذ أن حذف هذه المادة ، كما أفصحت الأعمال التحضيرية ، لم يجر إلا لمنع الإرادة المنفردة من أن تكون مصدراً عاماً منطلقاً ، بمعنى أن تنشىء الالتزام فى جميع الحالات أياً ماكانت ، على النحو الذى يفعله العقد والفعل الضار والفعل النافع . ولتقتصر على إنشاء الالتزام فى الحالات الخاصة التى يأذن لها فيها القانون نفسه بذلك . أو « اكتفاء بالحالات المنصوص عليها فى القانون من أن الإرادة المنفردة تنشىء التزاماً » . كما قالت الأعمال التحضيرية [٢] . بل إن هذا الذى جاءت به الأعمال التحضيرية

---

(١) انظر : السنهورى ، المرجع السابق نبذة ٩٠٧ و ٩٠٨ . ويرجع الفقه الكبير بقاء الفصل الثانى من الباب المخصص لمصادر الالتزام والذى يحمل عنوان « الإرادة المنفردة » بعد حذف المادة ٢٢٨ من المشروع التمهيدى إلى خطأ اللجان المتعاقبة التى نظرت المشروع .

(٢) راجع مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٢٣٨ فى الهامش .

واتخذ سبباً لحذف المادة ٢٢٨ من المشروع التمهيدى هو الذى تمليه طبيعة الأمور ذاتها ، والذى تقول به بالفعل جميع القوانين التى تجعل من الإرادة المنفردة مصدراً منشئاً للالتزام . وعلى رأسها القانون الألمـــانى الذى يعتبر الينبوع الملهم فى هذا الخصوص . فإطلاق أثر الإرادة المنفردة فى إنشاء الالتزام يتسم بخطورة بالغة . إذ قد تجىء تلك الإرادة اعتباطاً أو فى غمرة انفعال ، من غير أن يكون صاحبها مستقراً فى الحقيقة عليها بعزم أكيد . ومن ثم لزم أن يقيد دورها فى إنشاء الالتزام على الحالات الخاصة التى يضمن فيها القانون أن تجىء على نحو ثابت ومستقر . وهذا مادعا القانون الألمـــانى إلى تقييد مهمة الإرادة المنفردة فى إنشاء الالتزام وقصرها على الحالات الخاصة التى يأذن له هو نفسه بذلك بنص خاص يتضمنه [١] . وعلى نهج القانون الألمـــانى سارت القوانين الأخرى التى اتبعته [٢] .

وهكذا نخلص إلى أن الإرادة المنفردة تعتبر . فى ظل قانوننا المصرى ، مصدراً منشئاً للالتزام . ولكنها تعتبر مصدراً ضيقاً ومحدوداً . حيث إنها تقتصر . فى إنشاء الالتزام . على الحالات الخاصة التى يصرح لها فيها القانون نفسه بذلك ، وبالشروط التى يقررها . بل إن الإرادة المنفردة لاتقف فى دورها الضيق المحدود ، على إنشاء الالتزام ، بل إنها تلعب نفس الدور . وفى نفس الحدود . بالنسبة إلى تعديل التزام قائم أو إنهائه . فليس لها أن تفعل أى شىء مما سبق إلا إذا أذن لها به القانون . وفى حدود مايأذنها فيه .

والإرادة المنفردة . إذ تعتبر مصدراً ضيقاً ومحدوداً لإنشاء الالتزام . فإنها تختلف اختلافاً جذرياً عن العقد والفعل الضار والفعل النافع . حيث يتمثل كل منها مصدراً عاماً منطلقاً وشاملا . بمعنى أنه ينشىء الالتزام كلما توافرت له مقومات وجوده ، ومن غير أن يتقيد بحالة أو بأخرى .

---

(١) تقضى المادة ٣٠٥ من القانون الألمانى بأن إنشاء الالتزام وتعديله عن طريق تصرف قانونى لا يكون إلا بمقتضى عقد بين ذوى الشأن ، وذلك ما لم يقض القانون بخلافه .

(٢) انظر فى ذلك من قوانين بلادنا العربية : المادة ١/١٨٤ عراقى ، والمادة ٢٥٠ من القانون الأردنى ، والمادة ١/٢٢٠ من القانون المدنى الكويتى .

٣٥١ — وإن أذن القانون للإرادة المنفردة فى أن تنشىء الالتزام أو تعدله أو تنهيه ، فإنه يسرى على التصرف الذى تقيمه . وتستهدف به ذاك الأثر . ما يسرى على العقد بوجه عام من أحكام القانون . إلا ماكان من تلك الأحكام متعارضاً مع قيام التصرف على الإرادة الواحدة . وعلى الأخص ما تعلق بتوافق إرادتى طرفى العقد . وبالفسخ والدفع بعدم التنفيذ .

فأحكام نظرية العقد التى تضمنها القانون المدنى فى المواد من ٨٩ إلى ١٦١ لاتسرى ، كأصل عام ، على العقد وحده . وإنما تسرى أيضاً على التصرف الصادر بالإرادة المنفردة . مع استثناء مايتعارض من تلك الأحكام مع طبيعة هذا التصرف الأخير من حيث إنه يقوم على إرادة واحدة . وهكذا فالتصرف الصادر بالإرادة المنفردة يلزم أن يقوم على ذات الأركان الثلاثة التى يقوم عليها العقد ، وهى الرضا والمحل والسبب . كما تسرى عليه بوجه عام الأحكام المتعلقة بالأهلية وبعيوب الرضا [1] . وتلك المتعلقة بالبطلان أو الإبطال ، وغير ذلك كله من أحكام القانون التى لاتتنافى مع فكرة الإرادة الواحدة . صحيح أنه لايوجد نص فى القانون يصرح بهذا الحكم [2] . ولكن القواعد القانونية العامة تقتضيه وتحتمه . اعتباراً بأن التصرف الصادر من جانب واحد لايعدو أن يكون ثمرة الإرادة وإن كانت منفردة . فى حين أن العقد هو بدوره ثمرة الإرادة المزدوجة . فكأن الفارق يكمن فى الانفرادية والازدواجية . وفى غيره تطبق أحكام العقد على التصرف الصادر بالإرادة المنفردة على سبيل القياس .

---

(١) انظر نقض مدنى فرنسى ١٩٧٠/٢/٩ ، Bull. civ ج ١ رقم ٤٧ ص ٣٨ وتعليق Loussoarn — نقض باريس ١٩٤٨/٥/٢٤ ، دالوز ١٩٤٨ — ٥١٧ وتعليق Lerouan ومنشور أيضاً فى سيرى ١٩٤٩ — ١ — ١٠٢ مع تعليق Delaume .

(٢) وقد جاءت المادة ٢٢٨ من المشروع التمهيدى تقضى ، فى فقرتها الثانية ، بأن التصرف الصادر بالإرادة المنفردة (اطلقت عليه الوعد الصادر من جانب واحد) تسرى عليه « الأحكام الخاصة بالعقود ، إلا ما تعلق منها بضرورة وجود إرادتين متطابقتين لإنشاء الالتزام » . وقد حذفت هذه الفقرة ضمن حذف المادة بأكلها ، لا عزوفاً عن حكمها ولكن رغبة فى تقييد دور الإرادة المنفردة فى إنشاء الالتزام بالحالات المنصوص عليها فى القانون وحدها .

٣٥٢ – وإذا كانت الإرادة المنفردة . كما سبق لنا أن قلنا . لاتستطيع أن تنشىء الالتزام إلا فى الحالات الخاصة التى يأذن لها به القانون ، فإن أهم تلك الحالات فى مجال القانون المدنى تتمثل فى الإيجاب المقترن بميعاد محدد للقبول . وفى الوعد بجائزة للجمهور [1] . وقد سبق لنا أن عرضنا للحالة الأولى . ونجتزىء هنا بتناول الحالة الثانية . وذلك فيما يلى :

٣٥٣ – الوعد بجائزة للجمهور :

الوعد بجائزة للجمهور نظام قانونى مؤداه أن يوجه شخص للناس عامة وعداً يقطعه على نفسه ويعلنه عليهم . وذلك بإعطاء جائزة معلومة لمن ينجز عملا معيناً . كمنح مبلغ من النقود . أو أى شىء آخر . لمن يكتشف دواء لمرض عضال . أو يعثر على شىء مفقود أو على حيوان ضال ، أو يدلى بمعلومات تؤدى إلى معرفة مرتكب جريمة معينة [2] . فيلتزم بأداء ما وعد لمن قام بالعمل . حتى لو كان قد قام به من غير نظر للجائزة . أو حتى على غير علم بها .

وإذا كان الفكر الإنسانى قد عرف منذ القدم نظام الوعد بجائزة الموجه للجمهور . إلا أن من السمات الحضارية لعصرنا . لاسيما فى أوروبا وأمريكا . توجيه هذا النظام إلى جلائل الأعمال التى تعود بالنفع والخير والسلام على البشرية جمعاء . كالوعد بجائزة لمن يكتشف دواء لمرض خطير . أو لمن يصل إلى اختراع مفيد . أو إلى من يوفق إلى إنتاج أدبى أو علمى فذ : أو إلى من يؤدى عملا من شأنه أن يعزز السلام والوئام على الأرض ويبعد عنها

---

(١) ومن أهم الحالات التى تقوم فيها التصرفات على الإرادة المنفردة خارج نطاق القانون المدنى ، على نحو ما هو عليه فى بلادنا ، بل أهمها على الإطلاق فى كل مجالات القانون بمعناه الشامل ، الوصية .

(٢) راجع نقض ١٩٦١/٣/٣٠ مجموعة النقض س ١٢ ص ٢٩٤ رقم ٤٢ السابقة الإشارة إليه .

كوارث الحروب وويلات القتال . وماجائزة نوبل Nobel [1] إلا مجرد مثال وإن كان حقاً مثالا رائعاً فذاً وعملاقاً .

وتوجيه نظام الوعد بجائزة لجلائل الأعمال هو الذى يفسر لنا اهتمام القانون به فى وقتنا الحاضر فى كثير من البلاد الراقية . وهو السبب الذى دعا قانوننا المدنى إلى أن يهتم به بدوره . فذكره وحده فى الفصل الثانى من الباب الأول . وهو الفصل المخصص للإرادة المنفردة . وإن كان قد خصه بمادة يتيمة تقعد فى الواقع عن تنظيمه على نحو كامل شامل ، وهى المادة ١٦٢ .

٣٥٤ — مميزات الوعد بجائزة للجمهور :

لعل من أهم ما يتميز به الوعد بجائزة موجه للجمهور الخصائص الآتية :

١ — الوعد بجائزة موجه للجمهور هو تصرف صادر من جانب واحد . فهو قائم على إرادة الواعد وحدها ، ولا دخل . بالنسبة إلى ذات قيامه . لإرادة أى شخص آخر . حتى ذاك الذى ينجز العمل الموعود بالجائزة من أجله . ويترتب على ذلك أن الجائزة تثبت لمن يقوم بالعمل ، حتى لو كان ، عند إنجازه إياه ، غير عالم بالوعد . بل حتى لو لم يعلم به أبداً (المادة ١/١٦٢) . كما إذا مات قبل منح الجائزة . حيث يكون منحها حينئذ لورثته ، اعتباراً بأنهم قد خلفوه فيها ، وتلقوها تركة عنه .

٢ — الوعد بالجائزة هو وعد موجه لجمهور الناس عامة . وليس موجهاً لشخص بعينه . فإذا وجه الوعد لشخص معين ، تمثل إيجاباً له من الواعد ، حتى إذا ماقبله صراحة أو دلالة ، قام العقد بينهما . أمام الوعد بالجائزة الموجه للجمهور ، فهو ليس إيجاباً لأحد . وإنما هو يلزم صاحبه بمجرده

---

(٢) نوبل عالم سويدى ، ولد فى استوكهلم (١٨٣٣ — ١٨٩٦) ، وتوصل إلى اختراع الديناميت ، وكسب من اختراعه هذا أموالا طائلة . وجاء ، وهو يحتضر ، يكفر عما يؤدى إليه اختراعه من أذى للبشرية ، فرصد جزءاً كبيراً من أمواله لأغراض خدمتها ، موصياً بمنح جائزة سنوية لصاحب أفضل الإنجازات العلمية والأدبية والإنسانية التى تعود بالخير على بنى البشر .

وذاته . إعمالا لمحض مشيئته ، تأسيساً على الإرادة المنفردة [١] .

٣ ـ لايقوم الوعد بالجائزة بمجرد التعبير عن إرادة صاحبه بما يقتضيه ، وإنما يلزم أن يقترن هذا التعبير بالنشر عنه نشراً جماهيرياً يتناسب مع كونه موجهاً للجمهور . وإذاكان ذلك ، فإن أى سبيل من سبل الإعلام الجماهيرى يقع معتبراً . فسواء أن ينشر الوعد فى الصحف ، أم عن طريق الإذاعة أو التلفزيون ، أم عن طريق اللصق على الجدران ، أم عن طريق القراءة على الناس بعد الدق على الطبول ، أم بأى سبيل آخر من سبل الإعلام الذى يتسم بالعمومية والشمول .

٣٥٥ ـ قيام الوعد بالجائزة :

يقوم الوعد بالجائزة بالتعبير عن إرادة صاحبه به ، وبالنشر عنه جماهيرياً بأى سبيل من سبل الإعلام ، على نحو مابيناه منذ قليل .

فيلزم بادىء ذى بدء ، أن يرتضى الواعد الوعد ، وأن يعبر عن إرادته به ، وفقاً للقواعد القانونية العامة التى تحكم وجود الإرادة والتعبير عنها وصحة الرضاء من حيث الأهلية وعيوب الرضا . فالوعد بالجائزة تصرف إرادى كالعقد ، وإن اختلف عنه بأن الإرادة فيه منفردة وليست مزدوجة .

وإذا كان رضاء الواعد بوعده أمراً حتمياً لا مناص عنه . فهو وحده ليس بكاف . فثمة أمر جوهرى آخر ليس عنه غناء لاعتبار الوعد بالجائزة قائماً . ويتمثل هذا الأمر الآخر فى النشر الجماهيرى عن الوعد بالجائزة ،

---

(١) انظر : نقض ١٩٧٧/٢/٢٣ ، طعن ٣٩/٤٨٢ ق مجموعة النقض س ٢٨ ص ٥١١ رقم ٩٧ . وتتحصل واقعات الدعوى التى صدر فيها الحكم فى أن أشخاصاً أقروا لمحاميهم بنسبة معينة مما يقضى لهم به فى دعوى معينه كأتعاب ، وذلك فى ظل قانون المحاماة رقم ٩٦ لسنة ١٩٥٧ ، الذى كان يحظر تحديد الأتعاب على هذا النحو ، فجاء المحامى ، هروباً من هذا الحظر ، يحاج بأن الأمر ليس تحديداً للأتعاب ، وإنما هو وعد بجائزة يخضع لحكم المادة ١٦٢ مدنى . ولم تتجاوب معه فى ذلك محكمة النقض ، مقررة بحق أن الوعد بالجائزة لا يكون إلا إذا وجه للجمهور ، فلا يكفى لقيامه أن يوجه الوعد إلى شخص بعينه ، حيث يمثل الوعد هنا إيجاباً من شأنه أن ينهض إلى مرتبة العقد إذا ارتبط به القبول .

الذى بدونه لا يعتبر الشخص قد وجه للجمور وعداً بالجائزة على نحو ما تتطلبه المادة ١/١٦٢ . فإذا ثبت أن شخصاً ما قد أراد ، فى وقت محدد ، رصد جائزة تعطى لمن ينجز عملا معيناً ، من غير أن ينشر إرادته هذه على جماهير الناس ، فإن التزامه باعطاء الجائزة لا يقوم أصلا .

وعلة وجوب النشر الجماهيرى للوعد تتمثل فى أمرين . فمن ناحية أولى ، تقتضى طبيعة وعدنا ذاتها ذلك النشر عنه . فما دام هو موجه للجمهور ، فإنه ينبغى أن تتاح له أن يعلم به . ومن ناحية ثانية ، يتمثل النشر الجماهيرى للوعد دليلا على أن صاحبه قد عزم النية عليه عزماً نهائياً ، وأنه لم يكن وليد مجرد فكرة عفوية طارئة ، آتته فى غمرة من حماس آنى موقوت .

وإذا قام الوعد بالجائزة ، فإنه يقوم محدداً بالشروط التى ارتضاها الواعد، والتى أعلنها للجماهير بنشرها عليهم . كما أنه يقوم للأجل الذى ضربه له الواعد ، ونشره على الناس ، إن ضرب لبقائه أجلا معلوماً .

٣٥٦ — الرجوع عن الوعد :

يختلف الحكم ، بالنسبة للرجوع فى الوعد ، باختلاف ما إذا كان الواعد قد حدد لوعده ، أجلا ، أم لم يحدد . فإذا كان الأمر الأول ، امتنع على الواعد الرجوع فى وعده الذى يبقى قائماً وملزماً إياه طوال الميعاد الذى حدده ، ولكنه يسقط بذات نفسه بمجرد فوات هذا الميعاد ، دون إخلال بالحق فى الجائزة لمن أنجز العمل خلاله بطبيعة الحال[1] .

أما إذا لم يحدد الواعد ميعاداً لوعده ، ساغ له أن يرجع عنه فى أى وقت يشاؤه ، بشرط أن يضمن رجوعه إعلاناً يذيعه على جماهير الناس على الوجه الإعلامى الذى تم عليه ذاته ، أو على أى وجه آخـــر مشابه فى أثره .

وإذا رجع الواعد عن وعده ، حالة كون ذلك سائغاً قانوناً ، فإنه لايكون لرجوعه أثر إلا من تاريخ إعلانه للجمهور على النحو المعتبر قانوناً .

---

(١) راجع المذكرة الإيضاحية عن المادة ٢٢٩ من المشروع التمهيدى ، مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٣٣٩ .

ولا يؤثر من ثم فى الحق فى المكافأة لمن يكون قد أنجز العمل المطلوب قبل ذلك (المادة ٢/١٦٢) .

فإذا لم يكن أحد قد أنجز العمل قبل رجوع الواعد عن وعده على النحو المعتبر قانوناً ، كان لمن بدأه قبل ذلك دون أن يتمه ، مطالبة الواعد بقيمة ما أنفقه من المصروفات وما بذله من جهد ، إذا أثبت أنه كان من المتيسر له أن يتم العمل فى وقت مناسب ، يخضع فى تقديره لقاضى الموضوع ، وبشرط ألا يزيد ما يطالب به عن قيمة الجائزة[1] .

٣٥٧ — أثر الوعد بالجائزة :

الوعد بالجائزة ، إذا توافرت له مقومات وجوده التى بيناها ، ينشىء على الواعد التزاماً بإعطاء الجائزة الموعود بها لمن ينجز العمل المطلوب . وذلك وفقاً للشروط التى يتضمنها الوعد . وتستحق الجائزة لمن ينجز العمل ، حتى لو كان قد أنجزه دون نظر إليها ، أو حتى على غير علم بها . وفى كل ذلك ، تقضى المادة ١٦٢/ ١ بأنه : « ١ — من وجه للجمهور وعداً بجائزة يعطيها

(١) راجع المذكرة الإيضاحية ج ٢ ص ٣٤٠ . وقد جاء فيها أنه « إذا كان قد بُدأ فى تنفيذ هذا العمل (الموعود بالجائزة من أجله) ، دون أن يبلغ مرحلة الإتمام ، التزم الواعد أن يرد إلى من بدأ فى هذا التنفيذ ما أنفقه ، على أن لا يجاوز فى ذلك قيمة الجائزة الموعود بها . ولا يعتبر الوعد الذى عدل عنه أساساً لهذا الالتزام ، بل هو يرد فى أساسه إلى أحكام المسئولية التقصيرية ... » . ويلاحظ هنا أن المذكرة الإيضاحية ترجع أساس التزام الواعد عند عدوله ، حالة أن العمل قد بدأ فيه من قبل من غير أن ينجز ، إلى المسئولية التقصيرية . وهذا منها غير سديد . فالتزام الواعد يقوم هنا أيضاً على أساس وعده ، اعتباراً بأن العدول عن هذا الوعد لا يكون له أثر إلا للمستقبل . ثم إن مقتضى المسئولية التقصيرية أن يكون الواعد قد أخطأ برجوعه عن وعده ، فى حين أن ذلك حق ثابت له بمقتضى القانون نفسه (المادة ٢/١٦٢) . وانظر فى نفس اتجاه المذكرة الإيضاحية : السنهورى ، المرجع السابق نبذة ٩١٥ . ويرى الأستاذ الكبير بدوره أن أساس الالتزام فى الحالة التى نحن بصددها هو المسئولية التقصيرية ، ويبنى على ذلك تقادم الدعوى به بنفس المدة التى تتقادم بها دعوى التعويض الناشئة عن تلك المسئولية ، وهو فى الأصل تقادم ثلاثى السنين (المادة ١٧٢) . وهذا من شأنه أن يؤدى بنا إلى تناقض عجيب . فى حين تتقادم دعوى المطالبة بالجائزة عند إتمام العمل بستة أشهر من تاريخ إعلان العدول للجمهور بنص المادة ٢/١٦٢ ، لا تسقط تلك الدعوى عند عدم الإتمام إلا بثلاث سنوات على نحو ما تقضى به المادة ١/١٧٢ .

عن عمل معين ، التزم بإعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل ، ولو قام به دون نظراً إلى الوعد بالجائزة ، أو دون علم بها » .

ويلاحظ أن المشرع لم يعرض فى النص السابق ولا فى غيره ، على نحو صريح ومباشر ، للحالة التى ينجز فيها العمل قبل الإعلان عن الوعد . فهل يستحق من قام بالعمل هنا الجائزة أم لا يستحقها ؟ والرأى عندى أن الجائزة تستحق حتى فى هذه الحالة ، ما لم يتضمن الوعد ما يخالف ذلك ، أو كانت ظروف الحال تقضيه . ذلك أن روح نظام الوعد بجائزة تفرض النظر الذى ارتأيناه . فالذى يهم الواعد ودفعه إلى أن يقطع الوعد على نفسه هو إنجاز العمل المبتغى . وسيان عنده أن يكون هذا العمل قد أنجز قبل إعلان وعده أم بعده . وما دام هو فى إعلانه الوعد لم يقصر الجائزة على من ينجز العمل مستقبلا ، صراحة كان منه ذلك أم ضمناً ، فتفسر إرادته على أنه قصد من الوعد أن يغطى المستقبل والماضى على سواء. ثم إن مقتضى نص المادة ١٦٢/١ بأن ثبوت الحق فى الجائزة لمن يجرى العمل ، « ولو قام به دون نظر إلى الجائزة » ، وعمومية هذه العبارة ، تمكن لها من أن تغطى من ينجز العمل قبل اعلان الوعد . فذاك الشخص ، على أيه حال ، قد أنجز العمل دون نظر إلى الجائزة . وفضلا عن ذلك كله ، فالأعمال التحضيرية تؤيد الرأى الذى تخيرناه[(١)] .

ولا يترتب على الوعد بالجائزة ولا على إعطائها لمستحقها ثبوت حق للواعد فى ثمرة العمل ، ما لم تتضمن شروط الوعد غير ذلك . فالجائزة تعطى نظير أداء العمل ذاته ، فهى لا تتمثل مقابلا لثمرته . ومن ثم يكون الحق فى هذه الثمرة أو فى الإفادة منها لمن قام بالعمل . فلو أن شخصاً وجه ، مثلا ، للجمهور وعداً بإعطاء جائزة لمن يكتشف دواء لمرض معين ، ووصل أحد من الناس إلى اكتشافه ، واستحق الجائزة من أجله ، ودفعت له

---

(١) راجع قرار لجنة مراجعة المشروع التمهيدى فى خصوص المادة ٢٢٩ منه ، الذى جاء فيه ، تبريراً للتعديل الذى أجرى على النص ، ما يأتى : « ... والقصد من هذا التعديل أن تشمل الفقرة الأولى الصور التى تكون فيها جوائز يعلن عنها للجمهور عن أعمال تمت قبل أو بعد الوعد » : راجع مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٣٤٥ .

بالفعل . فإن الواعد لايصير بمجرد ذلك صاحب حق فى الاختراع ، وإنما يكون هذا الحق ، سواء فى جانبه الشخصى أم فى جانبه المالى ، للمخترع نفسه ، وذلك مالم يتضمن شروط الوعد ما يخالفه [1] .

ولم يعرض المشرع فى النص اليتيم الذى أفرده للوعد بجائزة الموجه للجمهور ، وهو نص المادة ١٦٢ ، لمسائل كثيرة مما يمكن لها أن تثار فى خصوص هذا الموضوع ، نذكر منها الحالة التى ينجز فيها العمل من أكثر من واحد . والحالة التى يشترك فيها أكثر من شخص فى إنجاز العمل ، والحالة التى تمنح فيها الجائزة لأحسن عمل ينجز . ولامفر من ترك هذه الأمور ونحوها لفطنة القضاء ، يفصل فيها على هدى من إرادة الواعد والقواعد القانونية العامة .

٣٥٨ — تقادم الحق فى الجائزة :

نصت المادة ١٦٢ / ٢ على أنه ، فى حالة عدول الواعد عن وعده ، تسقط دعوى المطالبة بالجائزة ، إذا لم ترفع خلال ستة أشهر من تاريخ إعلان العدول للجمهور . فلا صعوبة إذن فى حالة العدول عن الوعد . إذ أن دعوى المطالبة بالجائزة تسقط بفوات ستة أشهر من تاريخ إعلان هذا العدول للجمهور من غير أن ترفع قضاء . والمدة هنا مدة سقوط للدعوى ذاتها ، فهى لاتقبل وقفاً ولاقطعاً .

وإذا كان المشرع قد عرض لسقوط دعوى المطالبة بالجائزة فى حالة العدول عن الوعد بها ، فهو لم يتناول أصلا أثر فوات الزمن على الحق فى الجائزة فى غير تلك الحالة . وإذا كان ذلك ، وكان السقوط بفترة بالغة القصر هى ستة أشهر يتمثل حكماً استثنائياً لاينبغى التوسع فيه ، فلا مفر من إخضاع الحق فى الجائزة ، فى غير حالة العدول عن الوعد ، للقواعد العامة ، والقول بأنه يتقادم بخمس عشرة سنة تبدأ من تاريخ إنجاز العمل المطلوب .

تم بحمد الله وتوفيقه

---

(١) راجع المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى عن المادة ٢٢٩ (مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٢ ص ٣٤١) ، وقد جاء فيها : « ولا يكسب الواعد ملكية العمل الذى استحق الجائزة أو حقوق منشئه فيه ، إلا إذا كان قد احتفظ لنفسه بهذا الحق فى الإعلان » .

فهـــرس تحليـــلى

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

صفحة

